



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

JURISPRUDENCIA
RELEVANTE DEL TRIBUNAL DE
GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

PROCESOS DE INCONSTITUCIONALIDAD



CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

JURISPRUDENCIA
RELEVANTE DEL TRIBUNAL DE
GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

PROCESOS DE INCONSTITUCIONALIDAD



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

JURISPRUDENCIA
RELEVANTE DEL TRIBUNAL DE
GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

PROCESOS DE INCONSTITUCIONALIDAD



CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

Jurisprudencia relevante del Tribunal de Garantías Constitucionales

Procesos constitucionales

Hecho el Depósito Legal de la Biblioteca Nacional del Perú: N° 2018-12824

Edición Oficial del Tribunal Constitucional del Perú

Dirección de Estudios e Investigación del Centro de Estudios Constitucionales

© Copyright: Tribunal Constitucional

Jr. Ancash 390, Cercado de Lima, Lima

Primera edición: agosto de 2018

Tiraje: 500 ejemplares

Impreso en Perú

Servicios Gráficos JMD S.R.L.

Av. José Gálvez 1549 - Lince

Telfs.: 470-6420 / 472-8273

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
DEL PERÚ**

Presidente

Ernesto Blume Fortini

Vicepresidente

Manuel Miranda Canales

Magistrados

Carlos Ramos Núñez

José Luis Sardón de Taboada

Marianella Ledesma Narváez

Eloy Espinosa-Saldaña Barrera

Augusto Ferrero Costa

**CENTRO DE ESTUDIOS
CONSTITUCIONALES**

Director General

Carlos Ramos Núñez

ÍNDICE

<i>Estudio liminar</i>	13
Resoluciones de inconstitucionalidad del Tribunal de Garantías Constitucionales	
<i>Expediente 001-82-I/TGC</i> , del 30 de diciembre de 1982	
Julio Ciro Armaza Chambi	
Se declaró improcedente la demanda contra una resolución de la Corte Suprema del Poder Judicial	55
<i>Expediente 002-83-I/TGC</i> , del 8 de febrero de 1983	
Luis Alberto Sánchez, Carlos Enrique Melgar López y otros senadores	
Se declaró inadmisibile la demanda interpuesta contra el artículo 2 de la Ley 23321, Ley sobre la introducción del órgano de comunicación social como agravante del delito de desacato, y el artículo 6 del Decreto Legislativo 46, sobre introducción del delito de incitación al terrorismo	57
<i>Expediente 002-83-I/TGC</i> , del 8 de febrero de 1983	
Reynaldo B. Naupay	
Se declaró sin lugar la solicitud presentada	61
<i>Expediente 001-84-I/TGC</i> , del 29 mayo de 1984	
60 diputados	
Corporaciones departamentales	
Se declaró infundada la demanda contra el artículo 49 de la Ley 23339, Ley de Corporaciones Departamentales	63
<i>Expediente 002-84-I/TGC</i> , del 28 de agosto de 1984	
20 senadores	
Libertad de prensa e incitación al terrorismo	
Se emitió pronunciamiento sobre la inconstitucionalidad del artículo 2 de la Ley 23321, ley sobre la introducción del órgano de comunicación social como agravante del delito de desacato, y del artículo 6 del Decreto Legislativo 46, decreto legislativo sobre introducción del delito de incitación al terrorismo	101

<i>Expediente 003-84-I/TGC</i> , del 19 de febrero de 1985	
61 diputados	
Votos válidamente emitidos	
Se emitió pronunciamiento sobre la inconstitucionalidad del artículo 6 de la Ley 23903, ley sobre convocación a elecciones electorales generales.....	159
<i>Expediente 004-84-I/TGC</i> , del 19 de febrero de 1985	
22 senadores	
Voto preferencial	
Se emitió pronunciamiento sobre la inconstitucionalidad de los artículos 10, párrafo segundo, 11, 12 y 20 de la Ley 23903, ley sobre convocación a elecciones electorales generales	251
<i>Expediente 001-87-I/TGC</i> , del 24 de setiembre de 1987	
21 senadores	
Reorganización de la Policía Nacional	
Se emitió pronunciamiento sobre la inconstitucionalidad de la Ley 24617 y del Decreto Legislativo 371, Ley de Bases de las Fuerzas Policiales	299
<i>Expediente 001-90-I/TGC</i> , del 13 de agosto de 1990	
Fiscal de la Nación	
Expropiación de un terreno en Chanchamayo	
Se declaró fundada la demanda interpuesta contra la Ley 25051, ley sobre expropiación de terreno destinado para la expansión urbana del Distrito de San Ramón, Prov. de Chanchamayo	323
<i>Expediente 062-90-I/TGC</i> , del 13 de agosto de 1990	
Fiscal de la Nación	
Expropiación y adjudicación de un predio a favor del Club Yurimaguas	
Se emitió pronunciamiento sobre la inconstitucionalidad de la Ley 24243, ley sobre expropiación y adjudicación de un predio	351
a favor del Club Yurimaguas	
<i>Expediente 003-90-I/TGC</i> , del 13 de agosto de 1990	
Fiscal de la Nación	
Bolsa de Trabajo Sindical	
Se declaró infundada la demanda interpuesta contra la Ley 25202, ley sobre creación de la Bolsa de Trabajo.....	375
<i>Expediente 004-90-I/TGC</i> , del 3 de octubre de 1990	
20 senadores	
Convenios colectivos	
Se declaró inadmisibile la demanda interpuesta contra el Decreto Supremo 057-90-TR	407
<i>Expediente 002-003-I/TGC</i> , del 18 de diciembre de 1991	
21 senadores y 61 diputados	
Presupuesto público y crédito suplementario en el presupuesto del Gobierno Central para el ejercicio fiscal de 1991	

Se declaró fundada la demanda respecto de los artículos 20 y 21 de la Ley 25334, ley sobre autorización de Crédito Suplementario en el Presupuesto del Gobierno Central para el Ejercicio Fiscal de 1991; e infundada respecto del artículo 8 de la Ley 25334 y el artículo 292 de la Ley 25303, Ley Anual de Presupuesto Público del Sector Público para 1991	423
<i>Expediente 004-005-91-I/TGC</i> , del 29 de enero de 1992	
66 diputados y 63 senadores	
Libre competencia en las tarifas de servicio público	
Se declaró fundada la demanda interpuesta contra el Decreto Legislativo 651, decreto legislativo sobre el establecimiento de la libre competencia en las tarifas de servicio público de transporte urbano e interurbano de pasajeros en todo el país, en el extremo que regulaba lo concerniente al transporte colectivo local (urbano), e infundada respecto a la alegada falta de conformidad entre el Decreto Legislativo 651 y la Ley Autoritativa 25327.....	435
<i>Expediente 008-91-I/TGC</i> , del 10 de marzo de 1992	
20 senadores	
Compensación por tiempo de servicios cancelatorios	
Se declaró infundada la demanda, y confirmando la constitucionalidad por la forma y fondo del Decreto Legislativo 650, excepto respecto a su artículo 2, extremo en que se declaró fundada la demanda y por consiguiente, inconstitucional en dicha parte	445
<i>Anexo 1. Relación de magistrados que integraron el TGC</i>	454
<i>Anexo 2. Resoluciones en materia de inconstitucionalidad del TGC.....</i>	455
<i>Índice temático</i>	457

ESTUDIO LIMINAR SOBRE LOS PROCESOS DE INCONSTITUCIONALIDAD ANTE EL TRIBUNAL DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

Sumario: 1. El diseño del Tribunal, 1.1. Generalidades: influencia del modelo continental europeo de justicia jurisdiccional, 1.2. La Constitución de 1979: inserción del TGC en el texto constitucional, 1.3. Terminología adoptada, 1.4. Marco legal, 1.5. El nombramiento de magistrados, 1.6. El modelo de sentencias; 2. El diseño del proceso de inconstitucionalidad, 2.1. Las sentencias de inconstitucionalidad, 2.2. La influencia de la Corte Suprema en el TGC, 2.3. El reclamo por reformar el proceso de inconstitucionalidad, 3. Resoluciones de inconstitucionalidad del TGC.

13

La dinámica performativa del Tribunal de Garantías Constitucionales (TGC) estuvo determinada por una confluencia de factores, entre los que se puede enumerar el contexto de su surgimiento e implantación en el Perú, la normativa que lo reguló, la influencia que ejercieron sobre él otros poderes públicos, la configuración que tuvo respecto de otros institutos semejantes en su tiempo y, finalmente, aunque de manera no menos significativa, la trascendencia de sus fallos.

Entrelazados con la progresiva institucionalización que, entre el periodo 1982 a 1992, le proveyeron los textos normativos fundamentales (su ley orgánica y la consiguiente reglamentación), figuran los debates jurídicos y políticos que promovieron o se opusieron a la estructuración de esa normativa liminar. No estuvo exento de debate el ordenamiento que regularía el nombramiento de los magistrados y —en lo que ahora nos interesa— el diseño de las sentencias que emitía el TGC. Una perspectiva más certera exige la contrastación del número de procesos de inconstitucionalidad que devinieron en fallos y, en fin, una valoración de la eficacia jurisdiccional del TGC a partir de estos datos fácticos.

1. El diseño del Tribunal

1.1. Generalidades: influencia del modelo continental europeo de justicia jurisdiccional

Hasta fines de la década de los setenta, la justicia constitucional peruana carecía de un organismo constitucional autónomo. Esta fue instituida por vez primera en la Constitución de 1979, bajo la denominación de Tribunal de Garantías Constitucionales. Su desarrollo y funcionamiento —previa provisión de la respectiva ley orgánica y su reglamento— abarcó un lapso breve pero significativo de nuestra historia republicana: el TGC se instaló el 19 de noviembre de 1982 en Arequipa (fecha en la que completa su composición de nueve jueces con el magistrado Manuel Aguirre Roca, elegido por el Parlamento), y fue desactivado mediante el Decreto Ley 25418, Ley de Bases del Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional, publicado el 6 de abril de 1992 por el entonces presidente Alberto Fujimori. Dicha norma dispuso una reorganización integral, pero en la práctica significaría su intervención y cierre. Durante esos casi diez años, el TGC, pese a las vicisitudes que afrontó y al constreñimiento y mediatización de sus competencias, tuvo una importante labor jurisdiccional, que es conveniente exponer y someter a discusión, con la debida medida del proceso histórico constitucional.

14

En las actas de debate de la Asamblea Constituyente, que demuestran vivamente la gestación del TGC, se constata cuánto de lo pretendido por sus impulsores se consiguió. Se verifica, en todo caso, e interesa anotar ahora aquí, que la propuesta auroral de los asambleístas de 1978-1979 fue muy distinta a la forma con la cual, finalmente, se institucionalizó el TGC. Como es de esperar, la historia institucional del constitucionalismo peruano debe entenderse en el marco global del desarrollo de las ideas político-constitucionales. Referentes de tal desarrollo, que influyeron de manera significativa en el diseño del TGC peruano, serían las experiencias austriaca, italiana, española y alemana federal; en menor grado se advierte la influencia francesa, a través del *Conseil constitutionnel*.

Se trató de un tribunal que resolvía sus causas (hábeas corpus y amparo en casación) bajo el canon del respeto a la literalidad de la norma. No se atendía a los valores constitucionales ni al bloque de constitucionalidad que le sirviese de soporte interpretativo. Los fallos que declaraban la inconstitucionalidad de una norma fueron relativamente escasos, debido a la facilidad con la que se podía bloquear una decisión.

La influencia continental europea tuvo primacía, aun cuando algunos países de Latinoamérica habían creado cortes constitucionales con anterioridad al Perú. Detallamos tres ejemplos: los tribunales cubano, ecuatoriano y chileno. En el primer

caso, el Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales de Cuba (1940) tenía la singularidad de ser parte integrante del Poder Judicial, en cuya organización operaba como una de las salas del Tribunal Supremo¹.

La República del Ecuador, en su Constitución del 6 de marzo de 1945, incorporó un Tribunal de Garantías Constitucionales, de fugaz existencia, debido a que desaparece con la ulterior carta política del 31 de diciembre de 1946. No obstante, a través de la constitución ecuatoriana del 25 de mayo de 1967, el Tribunal se reinserta a la estructura del estado, pero esta vez con funciones diferentes. Finalmente, la reforma constitucional de 1995, aprobada el 16 de enero de 1996, reemplaza el Tribunal de Garantías Constitucionales por un Tribunal Constitucional. También tendría una existencia episódica el Tribunal Constitucional chileno, que se instaló el 10 de setiembre de 1971 y fue clausurado luego del golpe de estado del 11 de setiembre de 1973².

En el Perú se había emprendido el camino de centralizar la justicia constitucional a la luz de las experiencias europeas. Esta influencia, no obstante, fue únicamente nominativa, pues estuvo basada en los textos normativos que contenían el diseño de los tribunales constitucionales, y no llegó a un nivel de bilateralidad, como podría ser el diálogo de cortes. Se trató apenas de una influencia unilateral y receptiva, a partir de individuos que poseían formación constitucional europea, y que, en contextos propicios, contribuyeron en la formación de nuestras instituciones constitucionales.

Se debe resaltar, en este sentido, la influencia teórica del jurista Javier Valle Riestra. Su experiencia vinculada al constitucionalismo español sería significativa en el debate constituyente de 1979; de manera concreta, fue Valle Riestra quien propuso ante la Asamblea la implementación del Tribunal de Garantías Constitucionales³. Aun cuando este primer impulso a favor del constitucionalismo será abandonado por el propio jurista en los años noventa⁴, su contribución fue importante para el

¹ García Belaunde, Domingo. «El Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales de Cuba (1940-1952)». En: *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. México, No. 4, 2000, p. 125.

² Ortecho Villena, Víctor Julio. *Derechos y garantías constitucionales, Hábeas corpus, acción de amparo, acción popular e inconstitucionalidad*. Trujillo, Marsol Perú Editores, 1985, p. 70.

³ García Belaunde, Domingo. *Op. cit.*, p. 132. A nivel nacional tenemos presente la implementación del Tribunal de Garantías Constitucionales con la Constitución Política de 1979, el cual era titular del control de constitucionalidad; este paso histórico marca la incrustación de la constitucionalización en el ordenamiento jurídico peruano.

⁴ Diario *Expreso*, viernes 9 de mayo de 1997, p. A7. Aquí se lee textualmente las declaraciones de Valle Riestra: «I.- Creo que la jurisdicción constitucional concentrada a cargo de un ente autárquico ha perecido; lo demuestra palmariamente el fracaso de dos ensayos, el de la Constitución de 1979 y el de

desarrollo constitucional. Para ese entonces, la influencia de la Corte Suprema era predominante respecto de un tribunal que recién surgía.

Los textos constitucionales tuvieron entonces más influencia que las propias instituciones constituidas (los tribunales de justicia nacionales). Ello puede comprobarse en el derrotero histórico de las cortes europeas, al margen de quienes decidieron tomar para sí cualesquiera de sus máximas y diseños institucionales. El prestigio del modelo austriaco, esto es, del «tribunal constitucional concentrado» que formulara Hans Kelsen, tuvo un rol fundamental para la democracia en tiempos de crisis política parlamentaria; merced a ello, alejaría a las sociedades políticas de la influencia de regímenes dictatoriales. El modelo austriaco cursaría su propio desarrollo y, en ese itinerario, cabe resaltar la reforma del 15 de mayo de 1975, mediante la cual fueron ampliadas las competencias de la corte⁵.

En el caso italiano, el constitucionalismo debió superar diversos escollos en un dilatado periodo histórico: primero, la ideología del proyecto monarquista de Savoya, plasmada en el Estatuto Albertino (1848)⁶; luego, el patrimonialismo corporativista civilista, vigente durante el fascismo y que se transluce en el *Codice Civile* de 1942, en el que se institucionalizaría la distinción de raza. La Constitución italiana de 1948 reinstauró la república y fijó un ordenamiento democrático. La carta política italiana plasmaría el instituto de la *Corte Costituzionale*, creado para garantizar la regencia de la propia Constitución. Con esta instancia se pretendió trascender los límites interpretativos impuestos por la *Corte di Cassazione*, que solo asignaba a las normas constitucionales un sentido «programático»; es decir, solo se atribuía a estas normas la característica de ser «preceptivas pero incompletas»⁷, ya que para su aplicación debían ser desarrolladas por las leyes. Se observa en la experiencia italiana la necesidad de un proceso de transición que cimentase los valores institucionales de una república constitucional y democrática. La *Corte Costituzionale* inició, en efecto, una relectura de

la actual carta; debemos ir a una Sala Constitucional a cargo de magistrados especialistas y estables que, en vía incidental y principal, conozcan acciones y excepciones de constitucionalidad».

⁵ Brandt, Hans-Jünger. «La Corte Constitucional Federal de la República Federal de Alemania y las cortes constitucionales de Austria, Italia, Suiza y Portugal». En: *El Tribunal de Garantías Constitucionales en Debate*. Manuel García Pelayo, Ana María Vidal Cobian, Marcial Rubio Correa, Domingo García Belaunde. Comisión Andina de Juristas. Lima, CAJ, 1988, p. 37. Además puede revisarse la experiencia de Checoslovaquia, cuya Carta de 1920 introduce por primera vez el control concentrado, sin embargo no trascendió por la carencia de jurisprudencia y la ulterior disolución de su tribunal.

⁶ Spagnolo, Luigi. «L'italiano costituzionale. Dallo Statuto Albertino alla Costituzione repubblicana». En: *Studi di italianistica*, Napoli, Edit. Loffredo, 2012, p. 412; Rodotà, Carla. *Storia della Corte costituzionale*. Roma, Laterza. 1999.

⁷ Lamarque, Elisabetta. *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*. Bari, Gius. Laterza & Figli., 2012, p. 48.

los derechos más allá del *Codice Civile*, y en este ejercicio jurisdiccional la dignidad de la persona devino en el eje de la interpretación. A este respecto, Néstor Pedro Sagüés explica que la doctrina del «uso alternativo del derecho» surge «ante la contradicción ideológica existente entre la legislación italiana fascista vigente antes de la Constitución de 1948 y la ideología de esta»⁸. Asimismo, se produjo la «actuación completa de la constitución» y se superó el carácter programático —antes que operativo— de ciertas normas constitucionales, «que obstaculizaban la puesta en marcha de los derechos debido a que estaban impregnadas de formalismo las decisiones de la Corte Constitucional»⁹.

En España, durante la II República (1931), se formuló un Anteproyecto de Constitución en el que se incluía un control concentrado de las leyes, atribuido a un «Tribunal de Justicia Constitucional». Este instituto se proponía poner en marcha tanto el control concreto (a instancia de los órganos judiciales) cuanto el control abstracto (mediante la impugnación directa por los sujetos habilitados). El proyecto institucional era muy amplio: no solo contemplaba el control de validez de las leyes y la protección de los derechos fundamentales, sino, además, proponía llevar a su instancia los conflictos entre el Estado y las regiones autónomas, la responsabilidad criminal de los altos cargos del Estado y la validez de las actas de diputados y senadores¹⁰. El posterior Proyecto de Constitución de 1931, sin embargo, denominaría a este órgano «Tribunal de Garantías Constitucionales», limitaba su competencia para controlar la validez de las actas de diputados y senadores, y lo convertía, en buena cuenta, en un simple órgano consultivo —mas no vinculante— sobre la constitucionalidad de las leyes. Como consecuencia de ello, al amparo de la Constitución del 9 de diciembre de 1931 (desarrollada por la Ley Orgánica de 14 de junio de 1933), fue creado el «Tribunal de Garantías Constitucionales». Siguiendo el modelo austriaco, el Tribunal ejercería el control de la constitucionalidad de las leyes, a través tanto del recurso de inconstitucionalidad, que podían interponer incluso los ciudadanos en una suerte de acción popular en defensa de la Constitución, cuanto de la consulta sobre constitucionalidad de las leyes que formularsen los Tribunales de Justicia, el recurso de amparo en materia de garantías individuales, la resolución de conflictos entre la República y las regiones autónomas, el examen y aprobación de los poderes de los compromisarios que juntamente con las cortes eligen al presidente de la República,

⁸ Sagüés, Néstor Pedro. «Interpretación de la constitución y uso alternativo por derecho». En: *Temas constitucionales* 7. Lima, CAJ, p. 110.

⁹ Lamarque, Elisabetta. *Op. cit.*, p. 51.

¹⁰ Tribunal Constitucional español. Disponible en <https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/historia/Paginas/default.aspx>.

así como el control de la responsabilidad criminal del jefe del Estado, del presidente del Consejo y de los ministros, del presidente y los magistrados del Tribunal Supremo, y del fiscal de la República¹¹. Su breve funcionamiento impidió la maduración de esa primera experiencia. El alzamiento de julio de 1936 dio comienzo a la Guerra Civil española; como consecuencia, sus miembros dimitieron el 20 de agosto, y algunas de esas renuncias fueron aceptadas por el Gobierno. Mermado por las renuncias, el Tribunal funcionaría de manera interina hasta que, en 1939, se traslada de Madrid a Barcelona, donde concluyó su existencia¹². Años después, a través del Título IX de la Constitución del 27 de diciembre de 1978, se crearía el «Tribunal Constitucional», puesto en funciones mediante la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional 2/1979, del 3 de octubre de 1979, que rige hasta hoy.

En Alemania cabe destacar la pugna doctrinaria entre Carl Schmitt y Hans Kelsen. El primero sostenía que el guardián de la Constitución debía ser el Poder Ejecutivo, con las funestas consecuencias históricas y políticas que advinieron en la Alemania de los años treinta; mientras que el segundo propugnaba un órgano *ad hoc* que evitaría la concentración de poderes más allá de división clásica de los tres poderes del Estado. Precisamente, sobre la base de la concepción kelseniana, se crearía en 1951 el Tribunal Constitucional Federal Alemán (*Bundesverfassungsgericht*; abreviado: BVerfG o BVerfG), cuya implementación no careció de dificultades, entre ellas la falta de autonomía administrativa. Solo en 1960, las sugerencias para conseguir su autonomía fueron acogidas, pese a lo cual la plena autonomía en el ámbito administrativo se lograría hacia 1975, cuando pudo dictarse su propio reglamento interno, aprobado por su pleno¹³.

Como se ha explicado, el proceso de institucionalización de los tribunales constitucionales en los países de Europa occidental ha sido lento y tortuoso, y no puede calificarse como un modelo «puro» de influencia en Latinoamérica. Si bien estos países defendieron en común valores tales como el constitucionalismo, la democracia y los derechos humanos, estos procesos hubieron de superar expresiones muy marcadas de fórmulas nacionales corporativistas, amparadas —en una amplia mayoría— en la aplicación literal de la ley.

¹¹ *Ibidem*.

¹² *Ibidem*.

¹³ Brage Camazano, Joaquín. «El Tribunal Constitucional Federal y la jurisdicción constitucional en Alemania, con particular referencia al pensamiento de Peter Häberle y Konrad Hesse». En: *Treinta años de la jurisdicción constitucional del Perú* (Dir. Gerardo Eto Cruz). Lima, Q & P Impresores S.R.L., Tomo I, 2014, p. 288.

En conclusión, la vigencia de los valores republicanos, constitucionales y democráticos se halla en el seno mismo de los procesos de creación de los tribunales constitucionales. Debemos aceptar que no ha sido simple el camino hacia el arraigo pleno del modelo austriaco propuesto por Kelsen. A favor de su implementación contribuiría, sin duda, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano y la consecuente centralidad de una cultura de protección de los derechos fundamentales y de los derechos humanos. Si hubiese que entrar más en detalle: la historia del mismo Kelsen nos revelaría las dificultades particulares que tuvo que superar antes de que sus ideas constitucionales llegasen a ser aceptadas de manera unánime en el continente europeo¹⁴.

En el contexto peruano, la implementación del control concentrado estuvo también permeada por valores de igualdad. Muestra de ello es la consagración del derecho al voto universal de los ciudadanos, reconocido por la Constitución de 1979. En efecto, el voto universal (el denominado «voto de los analfabetos») permitió incorporar a la democracia, y también a una nueva institucionalidad, a una gran mayoría de la población peruana, no de un modo abstracto y declarativo, sino dentro de un diseño de constitucionalidad que ofrecía la promesa de la ciudadanía igualitaria.

1.2. La Constitución de 1979: inserción del TGC en el texto constitucional

Una primera fuente para reconstruir el debate de los constituyentes de 1979, y definir los planteamientos cristalizados en el texto constitucional, es el Diario de Debates de la Asamblea Constituyente. Como se corroborará luego, el texto constitucional dista en varios puntos de las propuestas discutidas por la Asamblea. El más visible ponente en la materia sería Javier Valle Riestra, quien, en resumidas cuentas, proponía la inconstitucionalidad de las normas y adoptaba la idea de que la Constitución no solo fuese dogmática, sino también «programática»¹⁵. En el debate, el asambleísta Enrique Chirinos Soto se oponía a la implementación de la inconstitucionalidad de las normas, porque consideraba que ello significaba «introducir un elemento caótico» que terminaría por «afectar a la cosa juzgada». Otro de los constituyentes, Héctor

¹⁴ Novoa Campos, Bruno. «Kelsen en París: en defensa de la jurisdicción constitucional». En: *Avances. Revista de Investigación Jurídica*. Cajamarca: Grijley, No. 6, 2011, p. 99-105. Anota Novoa que Kelsen, «al igual que en Viena, no fue comprendido» [referido a las sesiones de debate de la constituyente austriaca, de tal manera que solo algunas de sus ideas se volverían a tratar recién hacia 1942], cuando estaba «ya lejos de Europa: radicaba en California».

¹⁵ 22 sesión permanente, viernes 16 de febrero de 1979, p. 391.

Cornejo Chávez, aceptaba la propuesta de Valle Riestra, con el matiz de que se estableciese un plazo para interponer dicho recurso.

Valle Riestra propuso, asimismo, que el Tribunal de Garantías debía «absolver consultas del Presidente de la República o el Congreso sobre la inconstitucionalidad de los tratados internacionales pendientes de ratificación»¹⁶. En la misma línea, plantearía el tema de la inconstitucionalidad en vía de excepción; es decir, que una de las partes del proceso podía aducir la excepción de la inconstitucionalidad de una norma, que se elevaba al Tribunal de Garantías, y cuya resolución solo afectaba a las partes en cuestión. El proyecto —que no prosperó— proponía la «declaración de inconstitucionalidad de las resoluciones judiciales definitivas»¹⁷ presentadas a solicitud del Fiscal General de la Nación.

En la sesión No. 22, del 16 de febrero de 1979, en la que se discutió el proyecto de la acción de inconstitucionalidad, se adoptó el término *inconstitucionalidad* en vez de *anticonstitucional*¹⁸. En un principio, fue rechazada la propuesta de Roger Cáceres Velásquez en cuanto a que el Fiscal de la Nación y los partidos políticos pudiesen interponer la acción de inconstitucionalidad¹⁹; sin embargo, en la sesión del 6 de junio, la primera de las propuestas de Cáceres Velásquez (la conceder acción al Fiscal de la Nación) fue aceptada²⁰.

20

El planteamiento inicial del diseño del Tribunal de Garantías se planteó en la Subcomisión del Poder Judicial, integrada por los asambleístas Vega García, Valle Riestra, Cáceres Velásquez y Chirinos Soto, en la cual se aprobó el siguiente texto: «Cuando un juez o tribunal considere inconstitucional una ley de cuya validez depende el fallo, suspenderá el procedimiento y planteará la cuestión por escrito motivado ante el Tribunal Constitucional»²¹. Luego, en la sesión No. 24 de la Comisión Principal, de fecha 27 de febrero de 1979 (en torno al Capítulo IV, referido al Poder Judicial del proyecto de Constitución, primero en el artículo 239 y luego en el numeral 240) se redactaría el siguiente texto: «Cuando un juez o tribunal considere inconstitucional una ley de cuya validez depende el fallo, se abstendrá de pronunciar sentencia y planteará

¹⁶ *Ibid.*, p. 398.

¹⁷ *Ibid.*, p. 391.

¹⁸ *Ibid.*, p. 408.

¹⁹ Eguiguren Praeli, Francisco José. «El Tribunal de Garantías Constitucionales: las limitaciones del modelo y las decepciones de la realidad». En: *Comisión Andina de Juristas. Lecturas sobre temas constitucionales* 7, Lima, 1991, p. 35; 22 sesión, *Op. cit.*, p. 412.

²⁰ *Ibid.*, pp. 15-60.

²¹ Comisión Principal de Constitución de la Asamblea Constituyente (1978-1979). *Diario de Debates*. Editorial Atlántida S.A., Tomo I. Lima, 1985, p. 213.

la cuestión mediante escrito motivado ante el Tribunal de Garantías Constitucionales». Sobre este dispositivo, Ernesto Blume comenta que no se trataba de suspensión del procedimiento o proceso, sino de abstención de emitir sentencia, y de Tribunal de Garantías Constitucionales, en vez de Tribunal Constitucional²². Aprobado el texto en la Comisión Principal de Constitución, fue puesto a debate en el pleno en la sesión No. 27 del viernes 23 de marzo de 1979.

El contenido del artículo 240 tuvo la oposición de los asambleístas Valle Riestra, Chirinos Soto y Ortiz de Zevallos. Valle Riestra propuso suprimirlo y «mantener la norma [de] que un juez debe preferir la norma constitucional a la legal, la forma consuetudinaria, clásica, existente en nuestra legislación»²³, argumentando que su aplicación ocasionaría que los procedimientos se atasquen. Ortiz de Zevallos, por su parte, sostuvo que esa fórmula complicaría el funcionamiento del Poder Judicial²⁴. Roberto Ramírez del Villar se oponía por considerar que ese mecanismo dilataría los procesos judiciales²⁵. A su turno, Chirinos Soto se manifestó de acuerdo con el «control difuso», inspirado en el modelo estadounidense, mas no con el modelo europeo y, por consiguiente, opinaba suprimir el mencionado artículo²⁶.

Así, en efecto, se suprimió el artículo. En la sesión No. 55, del 28 de mayo de 1979, se proyectaría una nueva redacción del artículo 242, con el siguiente texto: «En caso de que el juez deje de aplicar una ley por considerarla incompatible con una norma constitucional, la sentencia debe ser elevada en consulta a la Corte Suprema. La Corte Suprema para resolver debe ser elevada previamente el asunto al Tribunal de Garantías Constitucionales para que se pronuncie sobre la inconstitucionalidad de la ley»²⁷. Chirinos Soto manifestó su oposición, con el argumento ya señalado de que los procesos se dilatarían, al pasar por la Corte Suprema y luego por el Tribunal de Garantías, y de que «no sería bueno inmiscuir al Tribunal de Garantías en todos los litigios judiciales»²⁸. También se sumaron a la posición de Chirinos los asambleístas Aramburú, Vega, Cáceres Velásquez y Valle Riestra, y se decidió restituir la redacción del numeral en los

²² Blume Fortini, Ernesto. «Balance del Tribunal de Garantías Constitucionales, con énfasis en el control concentrado de la constitucionalidad». En: *Treinta años de la jurisdicción constitucional del Perú*, Tomo I (dir. Gerardo Eto Cruz), pp. 257-261.

²³ Comisión Principal de Constitución de la Asamblea Constituyente (1978-1979). *Op. cit.*, p. 162.

²⁴ *Ibid.*, p. 163.

²⁵ *Ibid.*, p. 163.

²⁶ *Ibid.*, p. 164.

²⁷ *Ibid.*, p. 255.

²⁸ *Ibid.*, p. 304.

términos siguientes: «Cuando hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una ley, el juez prefiere la primera. En igual forma procede entre una ley y otra norma de inferior jerarquía»²⁹. Al respecto, Blume enfatiza que el mencionado texto es «con ligeros ajustes de redacción, el que finalmente fue aprobado por el Pleno y quedó consagrado por tanto a nivel constitucional» y, con esto, solo quedó la posibilidad de un primer control difuso.

Sobre la implementación de un Tribunal *ad hoc* en el Perú y, específicamente, con relación a la posibilidad del control concentrado mediante un órgano *ad hoc*, Blume acota: «tanto del Diario de Debates de la Comisión Principal de Constitución, como de las Comisiones Especiales, de las subcomisiones y del Pleno, correspondientes a la Asamblea Constituyente que elaboró la Constitución de 1979, se revela que no existió desde un primer momento la idea de consagrar un control concentrado de constitucionalidad; sino, por el contrario, mantener la tesis tradicionalmente recogida por las constituciones anteriores, de considerar al Poder Legislativo como el gran guardián de la constitucionalidad, con capacidad exclusiva y excluyente de dejar sin efecto las normas superiores afectadas por vicios de inconstitucionalidad»³⁰.

22

Como se mencionó, se atribuye a Javier Valle Riestra un rol protagónico en la incorporación del TGC en la Constitución del 79, puesto que fue este letrado quien «se constituyó en el impulsor de esta conquista del derecho constitucional peruano»³¹. Esta aseveración impone esclarecer cuáles fueron las referencias de Valle Riestra para plantear sus ideas sobre el Tribunal de Garantías. Para ello, será útil revisar las sesiones de debate de la Comisión Principal de Constitución de la Asamblea Constituyente. Así, de la lectura se advierte un diálogo entre los asambleístas Chirinos Soto y Valle Riestra, respecto de si aquello que emite el Tribunal es una *sentencia* o una *resolución*. La respuesta de Valle Riestra fue: «Ante la falta de experiencia que tenemos en la materia, he tenido que remitirme a la doctrina internacional. El artículo 164 de la Constitución española, dice: «Las sentencias del Tribunal Constitucional se publicarán en el Boletín Oficial del Estado con los votos particulares, si los hubiere». O sea que son sentencias»³². No es la única oportunidad en que Valle Riestra trae a colación el ejemplo del Tribunal español³³. Así, cuando se discute el proceso que se debería seguir para que surta efectos jurídicos la sentencia emitida por el Tribunal, el letrado menciona

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ Blume Fortini, Ernesto. *Op. cit.*, p. 263.

³¹ *Ibid.*, p. 264.

³² Comisión Principal de Constitución de la Asamblea Constituyente (1978-1979). *Op. cit.*, p. 413.

³³ *Ibid.*, pp. 414-415, p. 421.

la comparación que se ha efectuado con la regulación española, reflexiona sobre esta y se inclina, finalmente, por una fórmula diferente³⁴. Otra ocasión donde se evidencia la remisión a la normativa española se presenta cuando se discute el trámite de la inconstitucionalidad por vía de excepción, donde, luego de dar lectura a la propuesta legislativa, Valle Riestra expresa de manera contundente que tal artículo se tomó de la Ley de Garantías Constitucionales promulgada por España hacia el 14 de junio de 1933³⁵. Queda en evidencia que la normativa del Tribunal Constitucional español sería la principal fuente que sustentó la regulación constitucional del Tribunal de Garantías Constitucionales peruano. La primacía de la influencia española fue notoria, a pesar de que ya existían tribunales constitucionales en América Latina³⁶. Es el caso del Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales de Cuba (1940)³⁷, ya citado, y también el Tribunal ecuatoriano (1945). En Ecuador, la competencia del tribunal se limitaba a suspender provisoriamente la norma jurídica impugnada, y correspondía al Congreso decidir definitivamente sobre ella. El Tribunal de Garantías peruano tenía similares atributos: una vez expedida la sentencia de la inconstitucionalidad, comunicaba al Congreso y, por mérito de su fallo, se aprobaba una ley derogatoria de la norma inconstitucional.

Cuando se abordaba la discusión sobre el procedimiento de inconstitucionalidad de una norma, surgió la postura de Valle Riestra de que la sentencia de inconstitucionalidad, una vez emitida, pase al Congreso para que este elabore una ley que derogase la norma inconstitucional. El debate se tornó animado. Valle Riestra aducía que su propuesta pretendía alejar al Tribunal de las facultades legislativas y así evitar que tenga «características de Cámara»³⁸, mientras que Chirinos Soto se inclina por la idea de que, desde el momento en que se expediese la sentencia, la ley que se declara inconstitucional devenía en nula. Argumentaba Chirinos que el Congreso no puede tener funciones netamente «notariales»³⁹; esto es, que se limitase a confirmar la decisión del Tribunal. A esta idea se adhirió el asambleísta Rivera Tamayo, para quien

³⁴ *Ibid.*, pp. 414-415.

³⁵ *Ibid.*, p. 421.

³⁶ Pareciese que Valle Riestra estuvo más centrado en las instituciones europeas producto de su propia formación, ello en razón de su desapego o desconocimiento de las experiencias de los tribunales instituidos en América Latina. Esta idea se torna evidencia cuando el jurista expresa: «Este Tribunal de Garantías Constitucionales no tiene ninguna experiencia anterior en la vida constitucional del Perú, ni siquiera en la vida constitucional latinoamericana». *Ibid.*, p. 428. Lo cierto es que, como se ha precisado, varios países en América Latina habían constituido sus tribunales de garantías con anterioridad al Perú.

³⁷ García Belaunde, Domingo. *Op. cit.*, p. 186.

³⁸ Comisión Principal de Constitución de la Asamblea Constituyente (1978-1979). *Op. cit.*, p. 414.

³⁹ *Ibid.*, p. 415.

sería «humillante que el Congreso tenga que derogar su norma»⁴⁰. Cornejo Chávez acotaba con irónica perspicacia: «Más humillación es que se entere porque se lo dicen en la calle o porque se lee en el periódico»⁴¹. Finalmente, el asambleísta Delgado terció proponiendo que la sentencia del Tribunal tuviese carácter de «observación», en vez de fuerza vinculante⁴². Sin intención de Valle Riestra de modificar su propuesta, se efectuó la votación y se aprobó el esquema que este inicialmente propuso⁴³. La fórmula está contenida en el artículo 301 de la Constitución Política de 1979⁴⁴.

Blume hace notar que, en la ponencia de la Comisión No. 3, presentada el 27 de octubre de 1978 al presidente de la Comisión Principal de Constitución por los asambleístas Mario Polar, Javier Valle Riestra, Carlos Roca, Luis Heysen, Alfonso Ramos, Pedro Cáceres y Magda Benavides, en la parte relativa a Garantías, se lee: «En el mismo Título, aunque sin precisar sus características, hemos incluido un precepto relativo a la creación de un Tribunal de Garantías Constitucionales. Este artículo necesariamente deberá ser concordado por la Comisión Principal con las iniciativas que sobre el particular formule la Comisión encargada de presentar una ponencia sobre el Poder Judicial»⁴⁵.

24 Más adelante, Blume precisa que, en la misma ponencia, con relación al articulado propiamente dicho, se incluye la siguiente redacción: «Artículo.- Se constituye un Tribunal de única instancia denominado de Garantías Constitucionales y que es competente para conocer: a) De la acción de hábeas corpus; b) De la acción de amparo; c) De la inconstitucionalidad de las leyes, sea en vía de acción o de excepción; d) De la inconstitucionalidad de decretos, reglamentos, resoluciones supremas, resoluciones ministeriales, resoluciones legislativas o fallos judiciales que transgredan la Constitución o las leyes»⁴⁶; «Artículo.- Una ley regulará la estructura y procedimiento del Tribunal de Garantías Constitucionales»⁴⁷. Asimismo, explica que la posición de los partidos políticos a favor de la creación de un Tribunal de Garantías Constitucio-

⁴⁰ *Ibid.*, p. 417.

⁴¹ *Ibid.*, p. 419.

⁴² *Ibidem.*

⁴³ *Ibid.*, p. 420

⁴⁴ «Artículo 301. El Tribunal comunica al Presidente del Congreso la sentencia de inconstitucionalidad de normas emanadas del Poder Legislativo. El Congreso por el mérito del fallo aprueba una ley que deroga la norma inconstitucional.

Transcurridos cuarenta y cinco días naturales, sin que se haya promulgado la derogatoria, se entiende derogada la norma inconstitucional. El Tribunal ordena publicar la sentencia en el diario oficial.»

⁴⁵ *Ibid.*, p. 215.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 225.

⁴⁷ *Ibidem.*

nales estuvo respaldada por el Partido Popular Cristiano, el Partido Socialista Revolucionario y el Partido Demócrata Cristiano, mientras que el APRA atribuyó tales facultades a la Corte Suprema^{48 49}.

La ponencia de Javier Valle Riestra en la Sesión No. 22 de la Comisión Principal de Constitución, llevada a cabo el 14 de febrero de 1979⁵⁰, se confrontó con la posición del asambleísta Francisco Chirinos Soto. La fórmula del primero contemplaba un tribunal con amplias facultades, lo que no terminaba de convencer a su eventual oponente. Al final, primó una versión reformada y limitada de la fórmula de Valle Riestra, que recogía como competencia del tribunal que la casación proveniente de la inconstitucionalidad de las leyes fuese presentada por el fiscal de la Nación (sin carácter exclusivo), incluso en los casos de resoluciones judiciales, tal como lo prevenía la Ley de Garantías Constitucionales española de 1932-1933.

Blume, en un resumen del contenido de las actas⁵¹ sobre la propuesta de Valle Riestra, copia parte del texto presentado ante la Asamblea y que guarda coincidencia con el proyecto aprobado en Comisión:

«Artículo 300°.- El Tribunal de Garantías tiene jurisdicción en todo el territorio de la República y es competente para:

1. Declarar la inconstitucionalidad en todo o en parte de cualquier acto legislativo o de la administración pública, por vía de acción o de excepción;
2. Pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de una ley en el caso del artículo 242°;
3. Conocer de los autos denegatorios de la acción de hábeas corpus y los autos denegatorios de la acción de amparo, agotada la vía judicial;
4. Conocer en apelación de las resoluciones que expida el Consejo Nacional de la Magistratura que imponga destitución a magistrados de cualquier categoría;
5. Resolver en vía de apelación en el plazo máximo de siete días naturales la resolución de la Corte Nacional de Elecciones que anule el proceso electoral nacional;
6. Resolver conflictos de competencia entre el Poder Central y los órganos departamentales y regionales así como de éstos entre sí;
7. Absolver consultas del Presidente de la República o del Congreso sobre la constitucionalidad de los tratados internacionales pendientes de ratificación o de adhesión»;

⁴⁸ *Ibid.*, p. 183.

⁴⁹ Sin numeración en el articulado.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 352.

⁵¹ Blume Fortini, Ernesto. *Op. cit.*, p. 267; Comisión Principal de Constitución de la Asamblea Constituyente (1978-1979). *Op. cit.*, pp. 251-252.

«Artículo 301°.- Están facultados para interponer acción de inconstitucionalidad de las leyes: 1. El Presidente de la República en leyes no promulgadas por él; 2. El Fiscal de la Nación; 3. 60 Diputados y 20 Senadores; 4. 50,000 ciudadanos con firmas comprobadas por la Corte Nacional de Elecciones»;

«Artículo 302°.- No tiene efecto retroactivo, la sentencia del Tribunal que haya declarado total o parcialmente inconstitucional una norma legal»;

«Artículo 303°.- El Tribunal comunicará al Presidente del Congreso las sentencias de inconstitucionalidad de normas emanadas del Poder Legislativo. El Congreso por el mérito del fallo aprobará una ley derogando la norma inconstitucional. Transcurridos 45 días sin haberse promulgado la derogatoria, entenderá derogada la norma inconstitucional y el tribunal ordenará publicar la sentencia en el diario oficial»;

«Artículo 304°.- Cuando el Tribunal declare la inconstitucionalidad de normas que se originen en el Poder Legislativo, ordenará la publicación de la sentencia en el diario oficial, la que tendrá valor desde el día siguiente»;

«Artículo 305°.- Una ley orgánica regulará el funcionamiento del Tribunal de Garantías Constitucionales»⁵².

26 A pesar de todo, esta iniciativa no prosperaría como tal. A ello contribuyó la oposición del asambleísta Ernesto Alayza Grundy, en el seno de la Comisión Principal de Constitución. Alayza —se lee en las actas de debates—, «fue sumamente duro al cuestionar la amplitud de facultades que se le pretendía atribuir, argumentando que se estaba desnaturalizando la función del Tribunal de Garantías Constitucionales»⁵³. A esta postura reprobatoria se sumarían los representantes Aramburú Menchaca, Sotomarinero y Ramírez del Villar, entre otros. Las competencias del Tribunal de Garantías Constitucionales fueron progresivamente limitadas, hasta que se convino en la fórmula final, que estuvo circunscrita, como rezaba el texto definitivo de la Constitución de 1979, al siguiente enunciado:

- «1.- Declarar, a petición de parte, la inconstitucionalidad parcial o total de las leyes, decretos legislativos, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravienen la Constitución por la forma o por el fondo; y
- 2.- Conocer en casación las resoluciones denegatorias de la acción de hábeas corpus y la acción de amparo agotada la vía judicial»⁵⁴.

⁵² En efecto, se puede revisar este proyecto de Constitución en: Diario de los Debates de la Asamblea Constituyente 1978, Lima, publicación oficial, Tomo V, p. 333.

⁵³ Blume Fortini, Ernesto. El Tribunal Constitucional peruano como supremo intérprete de la Constitución. En: *Revista Pensamiento Constitucional*. Lima, Vol. 3, No. 3, 1996, p. 321.

⁵⁴ Blume Fortini, Ernesto. *Op. cit.*, pp. 265-268.

La introducción del control concentrado de constitucionalidad en la Carta de 1979 fue, como se advierte, «un proceso lento, complicado y de ardua confrontación»⁵⁵.

Además, la más importante prerrogativa del Tribunal de Garantías —la legitimación para obrar— finalmente quedó regulada de manera tal que quienes estaban facultados para interponer la acción de inconstitucionalidad eran: «a) El Presidente de la República, b) La Corte Suprema de Justicia, c) El Fiscal de la Nación, d) Sesenta Diputados, e) Veinte Senadores y f) Cincuenta mil ciudadanos con firmas comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones» (artículo 299 de la Const. 1979).

La sentencia del Tribunal que declarase inconstitucional una norma en todo o en parte no tenía efecto retroactivo (artículo 300 de la Const. 1979). El procedimiento disponía que el Tribunal comunicaría al Presidente del Congreso la sentencia de inconstitucionalidad de las normas emanadas del Poder Legislativo. Acto seguido, el Congreso, a mérito del fallo, aprobaría una ley que derogaba la norma declarada inconstitucional (artículo 301 de la Const. 1979). En el supuesto de que transcurrieren cuarenta y cinco días naturales sin que se promulgara la derogatoria, la norma inconstitucional se entendía como derogada. En esta situación, el Tribunal ordenaría la publicación de la sentencia en el diario oficial. Asimismo, en caso de que el Tribunal declarase la inconstitucionalidad de normas que no se originaban en el Poder Legislativo, ordenaba la publicación de la sentencia en el diario oficial, la que tenía valor desde el día siguiente de dicha publicación (artículo 302 de la Const. 1979).

27

1.3. Terminología adoptada

Existen diversas variantes y fórmulas que pueden servir para institucionalizar en un único organismo las funciones de la justicia constitucional. Ellas se distinguen desde una primera aproximación hacia su terminología. Por ejemplo, en el caso italiano, el organismo que administra justicia constitucional es denominado Corte Constitucional (*Corte Costituzionale*); en Francia, Consejo Constitucional (*Conseil Constitutionnel*); en Alemania, Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*); y en España, Tribunal Constitucional. El uso del término «consejo» (*conseil*) en Francia no es casual, pues se inscribe en una tradición de corte presidencialista. De esta misma tradición deviene igualmente la institución del «Consejo de Estado».

El jurista mexicano Jorge Carpizo reflexiona, con agudeza, sobre la importancia de la terminología: «El tribunal Constitucional —señala Carpizo—, sin importar la denominación que reciba, es el instrumento de la jurisdicción creado para conocer

⁵⁵ *Ibid.*, pp. 265-268.

y decidir en última instancia sobre los conflictos de interpretación de la Ley fundamental a través de las garantías constitucionales procesales»⁵⁶.

1.4. Marco legal

Para el cabal cumplimiento de sus objetivos institucionales, la Constitución de 1979 contenía normas que prevenían su desarrollo frente a otros poderes. En esa línea, el artículo 210 estipulaba que el presidente de la República podría ser acusado por «disolver el Congreso, salvo lo dispuesto en el artículo 227; y por impedir su reunión o funcionamiento del Jurado Nacional de Elecciones y del Tribunal de Garantías Constitucionales». Asimismo, establecía un grado de responsabilidad de los magistrados constitucionales en su artículo 183, por «infracción de la Constitución» y «por todo delito que cometan en el ejercicio de sus funciones, aunque hayan cesado en estas».

El Título V se ocupaba de las garantías constitucionales. Así, en su artículo 295 se regulaba el hábeas corpus y, en párrafo seguido, la acción de amparo. Se reservaba la acción popular al Poder Judicial, en el caso de «infracción de la Constitución o la ley», en tanto que la acción popular procedía contra los «reglamentos y normas administrativas y contra las resoluciones y decretos de carácter general» que expedían el Poder Ejecutivo, los gobiernos regionales y locales y demás personas de derecho público. Asimismo, quedó estatuido que la regulación del Tribunal de Garantías se producía mediante Ley Orgánica (artículo 303 de la Const. 1979). Este mandato se materializaría mediante la Ley 23385, Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales.

Se estableció la sede del Tribunal de Garantías Constitucionales en la ciudad de Arequipa. Solo excepcionalmente, y con acuerdo de la mayoría de sus miembros, el TGC podía sesionar en cualquier otro lugar de la República (artículo 304 de la Const. 1979). Antes de la adquisición de un local propio, el Tribunal funcionó en una sede

⁵⁶ Carpizo, Jorge. *El Tribunal Constitucional y sus límites*. Lima, Grijley, 1ra. ed., 2009, p. 19. Entre otras definiciones recogidas por el autor: Fix Zamudio, Héctor. «Las garantías constitucionales en el derecho mexicano». En: *Revista de la Facultad de Derecho*, Culiacán, Sinaloa, 1967, Tomo II, No. 3, p. 179; Fix Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador. *Derecho constitucional mexicano y comparado*, México, Porrúa y UNAM - Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pp. 180, 192-197; Favoreu, Louis. *Los tribunales constitucionales*. Barcelona, Ariel, 1994, p. 13; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. *Ensayos sobre derecho constitucional*. México, Porrúa y CNDH, 2004, p. 37; Fix Zamudio, Héctor. «Tribunales constitucionales», en *Diccionario jurídico mexicano*. México, Porrúa y UNAM-Instituto de Investigaciones jurídicas, 2005, p. 3804.

de la Corte Suprema del Poder Judicial, donde hoy se ubica la Sala Penal Nacional. Sobre estas bases constitucionales se desarrollaría la normativa orgánica y reglamentaria del TGC, y también sobre ellas se alentó el debate doctrinario que habría de definir el contenido de institutos como el derecho de amparo, el hábeas corpus y la acción de inconstitucionalidad, principalmente.

Una vez aprobada la Constitución de 1979, se empezó a emanar la legislación interna cuyo objetivo era materializar los principios contenidos en ella. Durante el segundo gobierno de Fernando Belaunde Terry se emitieron normas de desarrollo constitucional, algunas de las cuales regulaban el funcionamiento y desarrollo del TGC. Ocurre que, al asumir su mandato, Belaunde no tenía una mayoría parlamentaria suficiente, por lo que buscó apoyo en el Partido Popular Cristiano (PPC). Como producto de dicha alianza política, el Ministerio de Justicia estuvo presidido por representantes del PPC. Por gestión del Ministerio y de sus titulares, se produjeron las siguientes normas: 1) Ley de Habeas Corpus y Amparo, Nro. 23506, publicada el 7 de diciembre de 1982, siendo ministro de Justicia Armando Buendía Gutiérrez; 2) Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales, Nro. 23385, publicada el 19 de mayo de 1982, siendo ministro de Justicia Enrique Elías Laroza; 3) Ley 23459, según la cual el Congreso de la República designaría a los miembros del Tribunal de Garantías Constitucionales, de fecha 8 de setiembre de 1982, estando como ministro de Justicia Armando Buendía Gutierrez.

El 5 de abril de 1992, el entonces presidente Alberto Fujimori decretó la instauración del denominado «Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional» decisión que fue dada a conocer a través de un «Manifiesto a la nación». Una de las medidas anunciadas en ese documento sería la disolución del Congreso de la República, que por entonces era bicameral. Mediante el Decreto Ley 25418, del 6 de abril de 1992, se proclamó la «moralización» de la «administración de justicia y las instituciones vinculadas a ella», a la vez que se decretaba una reorganización del Poder Judicial, el TGC, el Consejo de la Magistratura, el Ministerio Público y la Contraloría General de la República⁵⁷. Como se sabe, el Decreto Ley 25418 significó el cese definitivo del TGC. Puede decirse que estas medidas afectaron el sistema de administración de justicia en pleno. A la sazón, ejercía la cartera de Justicia Fernando Vega Santa Gadea, quien refrendó estas disposiciones.

Según anota César Landa, entre agosto de 1991 y marzo de 1992 se produjo en el Perú una normativa que supuso una liberalización económica radical. Landa no duda

⁵⁷ Decreto Ley 25418.

en calificar esa legislación como violatoria del constitucionalismo social consagrado en la Carta de 1979⁵⁸. Como no podía ser de otro modo, el viraje autoritario afectaría de manera directa a la justicia constitucional. El TGC, que había funcionado ininterrumpidamente desde 1980, fue liquidado con la intervención ordenada por el gobierno de Alberto Fujimori. Antes de producirse los eventos del 5 de abril, el Congreso, en uso de sus funciones, expidió la Ley 25398, que complementaba las disposiciones de la Ley 23506 en materia de hábeas corpus y de amparo, con las rúbricas de Roberto Ramírez del Villar, en su calidad de Presidente del Congreso; Tomás Gonzales Reátegui, como senador; Alberto Quintanilla Chacón, como diputado; y, Fernando Vega Santa Gadea, como ministro de Justicia. La norma fue expedida con fecha 6 de febrero de 1992.

Luego de los sucesos del 5 de abril y del citado decreto ley del día siguiente, se produjo una nueva normativa para la dificultosa implementación de un nuevo organismo, que se denominaría Tribunal Constitucional, nombre que ostenta hasta la fecha. Así, fue establecida su implementación a través de la Constitución Política de 1993 y, luego, merced a su ley orgánica y normativa específica⁵⁹.

1.5. El nombramiento de magistrados

La composición del antiguo TGC era semejante al modelo italiano: tres de los magistrados eran nombrados por el Parlamento, tres por el Poder Ejecutivo y tres por la Corte Suprema^{60 61}. En el proyecto inicial de la Constitución se llegó a proponer, en una redacción del artículo 298, que el organismo estuviese compuesto por doce miembros: se agregaba un representante del Colegio de Abogados, uno del Consejo Nacional de la Magistratura y uno de las facultades de Derecho de las universidades de la República⁶². Una descripción del nombramiento, de parte de una fuente con-

⁵⁸ Landa Arroyo, César. «Del Tribunal de Garantías al Tribunal Constitucional: el caso peruano». En: *Revista Pensamiento Constitucional*, Lima, PUCP, Vol. 2, No. 2, 1995, pp. 73-114. Disponible en <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/3378/3227>.

⁵⁹ Ley 26435, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que mediante sus «DISPOSICIONES DEROGATORIAS (resolvía). ÚNICA.- Derógase la Ley 23385, Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales, la Ley 23459, la Ley 24589 y el Decreto Ley 25721».

⁶⁰ Artículo 135 de la Costituzione della Repubblica Italiana (1948). Disponible en <https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione.pdf>.

⁶¹ Entrevista a Casese, Sabino. En: «Cosa significa fare il giudice della Corte Costituzionale?» Seminario, Rimini, martes 25 de agosto del 2015, 15:00 horas, Transcripción del evento. Disponible en <https://www.meetingrimini.org/default.asp?id=673&item=6364>. «Pero la diferencia con el modelo del TGC es que no existe el voto en minoría» [traducción libre].

⁶² Comisión Principal de Constitución de la Asamblea Constituyente (1978-1979). *Op. cit.*, p. 332.

temporánea a la existencia del TGC, se puede encontrar en el compendio normativo de Alfredo Corso Masías, quien ostentaba la calidad de magistrado de dicho Tribunal: se trata de la legislación nacional concordada con la Ley Orgánica del Poder de la Nación y el Ministerio Público⁶³.

En la experiencia francesa, el tema del nombramiento, desde su implementación en la vigente Constitución francesa de 1958, estaba previsto en su artículo 56. Para la composición del *Conseil constitutionnel* los magistrados son renovados cada tres años, y en total son nueve: tres nominados por el Presidente de la República, tres por la Asamblea Nacional y tres por el Senado⁶⁴. El nombramiento se extiende por nueve años. A diferencia de otros modelos, se advierte una composición mixta, que integra como miembros tanto a profesionales cuanto a políticos. A este respecto, Patrick Wachsmann afirma que el modelo francés combina especialistas (*professionnels - professeurs de droit*) y empíricos (*amateurs*)⁶⁵. En el modelo francés, además de los nueve miembros, desde sus inicios se agregaba los miembros *de Droit* (de derecho), que son nombrados de por vida, y que son los expresidentes de la República. En el TGC también estaba regulado la renovación por tercios, lo que originó una fuerte controversia hacia el año 1985 entre los magistrados Eguren Bresani y Aguirre Roca.

En Alemania, los jueces comenzaron siendo elegidos para una determinada sala y no podían cambiar de una a otra; hasta 1985 no podían sustituirse⁶⁶. Los requisitos formales recogidos en los §§ 3 y 2,3 (*BVerfGG*) son genéricos: «haber cumplido los

⁶³ Corso Masías, Alfredo. *El Tribunal de Garantías Constitucionales: prontuario*. Arequipa: Edigraf S.A., 1987, p. 131. En el compendio además se recoge legislación relacionada al Tribunal de Garantías, entre otras normas la Ley 23506, norma que se ocupa de la jurisdicción internacional y de la denuncia ante la Comisión de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos.

⁶⁴ Consejo Constitucional de Francia. Disponible en <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/a-la-une/avril-2013-la-nomination-des-membres-du-conseil-constitutionnel.136575.html>. Vale agregar que a causa de la Ley constitucional de 23 de julio de 2008 las designaciones hechas por el Presidente de la República están sujetas a la opinión de una comisión permanente que es competente de cada Asamblea y que debe ajustarse al artículo 13 de la citada Constitución francesa. Se trató de una reforma realizada el 2008 y que entró en vigencia el 2010.

⁶⁵ Wachsmann, P. «Sur la composition du Conseil constitutionnel». En: *Jus Politicum*, No. 5, 2010, pp. 20-21. Disponible en: <http://juspoliticum.com/article/Sur-la-composition-du-Conseil-constitutionnel-294.html>. «Que la pratique de l'institution ne fasse pas apparaître, quant au contentieux, l'omniprésence d'un tel clivage, qu'on a envie de caractériser comme opposant "professionnels" (du droit) et "amateurs"». Asimismo ver Cast'era, Pierre. *Les professeurs de droit membres du Conseil Constitutionnel*. Droit. Université de Bordeaux, 2015. Disponible en: <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01280310/document>.

⁶⁶ Geck, Wilhelm Karl. «Nombramiento y status de los magistrados del Tribunal Constitucional Federal de Alemania». En: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, enero-abril 1981, p. 178.

cuarenta años de edad, lo más tarde en el momento de la designación; ser elegibles como diputados en el *Bundestag* según el artículo 38,2 y 3 LF en relación con el § 15 *BWG*; declaración por escrito de estar dispuesto a aceptar la función de magistrado, y, finalmente, la capacidad para ser juez según el § 5,1 o del 7 *DRiG*»⁶⁷.

Es posible que la modalidad adoptada para el nombramiento de los jueces constitucionales en el TGC peruano estuviese influenciada por las cartas constitucionales europeas de la posguerra; básicamente en lo referido a la forma representativa, que derivaba a su vez de los otros poderes del Estado. No maduraba aún la idea de un nombramiento de magistrados independientes del Estado, sino la idea corporativista de representar a sus tres poderes.

El artículo 159 de la vigente Constitución española de 1978 prescribe que el Tribunal Constitucional se compone de doce miembros nombrados por el Rey; de ellos, cuatro lo son a propuesta del Congreso por mayoría de tres quintos de sus miembros; cuatro, a propuesta del Senado, con idéntica mayoría; dos, a propuesta del Gobierno; y dos, a propuesta del Consejo General del Poder Judicial.

Un tema aparte referido a los jueces constitucionales y valdría la pena explicar aquí es la distinción existente en el lenguaje jurídico norteamericano: los jueces constitucionales tienen la denominación de *justice*, vocablo que no debe confundirse con el término *judge*, ya que ambos en español pueden ser traducidos indistintamente como «juez». Estos son nombrados por el presidente de la República. Los *justice* son nombrados por el presidente de la República de los Estados Unidos y son cargos vitalicios.

En México, país de donde proviene el instituto del amparo, el nombramiento de los jueces de la Suprema Corte de Justicia se contrae a los requisitos señalados en el artículo 95 de la Constitución mexicana. Allí se establece: «Para ser electo ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se necesita: I.- Ser ciudadano mexicano por nacimiento, en pleno ejercicio de sus derechos políticos y civiles. II.- Tener cuando menos treinta y cinco años cumplidos el día de la designación. III.- Poseer el día de la designación, con antigüedad mínima de diez años, título profesional de licenciado en derecho, expedido por autoridad o institución legalmente facultada para ello. IV.- Gozar de buena reputación y no haber sido condenado por delito que amerite pena corporal de más de un año de prisión; pero si se tratare de robo, fraude, falsificación, abuso de confianza y otro que lastime seriamente la buena fama en el concepto público, inhabilitará para el cargo, cualquiera que haya sido la pena. V.- Haber residido en el país durante los dos años anteriores al día de la designación; y VI.-No haber sido

⁶⁷ *Ibid.*, p. 176.

Secretario de Estado, Fiscal General de la República, senador, diputado federal ni gobernador de algún Estado o Jefe de Gobierno del Distrito Federal, durante el año previo al día de su nombramiento».

La academia argentina tuvo una fuerte influencia sobre la doctrina constitucional peruana dialoga, en especial en el tema de vías previas y paralelas del proceso de amparo. Bolivia, mediante la reforma constitucional del 11 de agosto de 1994, incorpora en su carta política el modelo de control concentrado de constitucionalidad a través de un Tribunal Constitucional. La elección de los miembros del Tribunal Constitucional es por votación electoral directa de sus ciudadanos.

El Tribunal de Garantías Constitucionales de Ecuador (estatuído en la Constitución Política de dicho país de 1945)⁶⁸, disponía en su artículo 159 que el organismo estaría integrado de acuerdo con la siguiente composición: a) tres diputados elegidos por el Congreso; b) el Presidente de la Corte Suprema; c) un representante del Presidente de la República; d) el Procurador General de la Nación; e) un representante de los trabajadores, elegido conforme a la ley; y f) dos ciudadanos elegidos por el Congreso⁶⁹. Por su parte, en Chile se creó en 1971 un Tribunal Constitucional, que fue disuelto por el Decreto Ley 119, del 10 de noviembre de 1973.

En cuanto al TGC peruano, este se hallaba compuesto por nueve magistrados (Constitución de 1979, artículo 296): tres designados por el Congreso, tres por el Poder Ejecutivo y tres por la Corte Suprema de Justicia. Para ser miembro del Tribunal (artículo 297) se fijaban los mismos requisitos que por entonces se exigían para ser vocal de la Corte Suprema, y se agregaba la exigencia de «probada ejecutoria democrática y en defensa de los Derechos Humanos». Asimismo, le alcanzaban las incompatibilidades enumeradas en el artículo 243 de la Constitución. El cargo duraba un periodo de seis años, procedía la renovación por tercios cada dos años y era posible la reelección. Los magistrados no estaban sujetos a mandato imperativo, no respondían por los votos u opiniones emitidos en el ejercicio de su cargo y no podían ser denunciados ni detenidos durante su mandato, salvo los casos de flagrante delito y de acusación constitucional. La renovación por tercios cada dos años

⁶⁸ El Tribunal Constitucional de Ecuador, constituido con la reforma constitucional de 1995, promulgada en el Registro Oficial No. 863 de 16 de enero de 1996, reemplazó al Tribunal de Garantías Ecuatoriano. Nogueira Alcalá, Humberto. «Los tribunales constitucionales de Sudamérica a principios del Siglo XXI». En: *Ius et Praxis*. Talca, Vol. 9, No. 2, 2003. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122003000200003>

⁶⁹ Constitución de la República de Ecuador de 1945. Disponible en http://www.cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2013/06/constitucion_1945.pdf.

resultó ser un tema controvertido durante los primeros años del funcionamiento del TGC⁷⁰.

En síntesis, en cuanto al nombramiento de los jueces constitucionales, el TGC peruano seguía más al modelo italiano (que sigue vigente; incluso su actual presidente, el jurista e historiador del derecho Paolo Grossi, fue primero designado por el presidente de la República de Italia). Ese sistema de representación de los tres poderes fue adoptado entonces por el TGC, pero no continúa en vigor. Con la implementación del actual Tribunal Constitucional se estableció que los magistrados debían ser nombrados únicamente por el Congreso.

La fórmula de nombramiento y el contexto mismo favorecieron una primacía de los magistrados nombrados por el Poder Judicial; estos duraron más tiempo que los nombrados por los otros poderes. Este factor de dependencia frente el Poder Judicial afectó la independencia del TGC, de manera que resultaba difícil que dichos jueces pudieran cuestionar las resoluciones provenientes de la Corte Suprema. En no pocos casos, los magistrados preferían no efectuar el control de casación para no malquistarse con el colegiado supremo.

1.6. El modelo de sentencias

En el modelo de sentencias del TGC se reporta que los votos singulares son mucho más extensos que los cuerpos de las sentencias. Los primeros contenían mayor desarrollo jurisprudencial y doctrinal respecto de los segundos.

En líneas generales, la fundamentación jurídica del TGC no fue muy desarrollada. Su imperativo era garantizar la primacía del «Estado de derecho» antes que el «Estado constitucional de derecho». Asimismo, su baremo jurisdiccional era el de la igualdad formal; esto es, tenía como eje la observancia de la ley. En este contexto, las acciones de amparo y hábeas corpus se encauzaban según el siguiente procedimiento: ingresaban al Poder Judicial para ser resueltas, llegaban eventualmente a la Corte Suprema y, solo después de haberse agotado estas instancias, era posible entablar un recurso de casación ante el TGC. Si en esta sede se casaba la sentencia impugnada, esta era devuelta al Poder Judicial para que se adecue su nuevo fallo a los parámetros establecidos en la sentencia del TGC.

⁷⁰ Ver, por ejemplo, diario *La República*, 29 de mayo de 1985. Sobre Manuel Aguirre Roca, 2 de junio de 1985. Diario *La República*, Declaraciones de Manuel Aguirre Roca, 2 de junio de 1985, p. 16.

Sobre este extremo, Ortecho Villena puntualiza que «el contenido o contenidos del fallo, [dependía] del tipo de observaciones hechas en casación»⁷¹. Así, por ejemplo, si el TGC consideraba que la resolución objeto de casación había violado o aplicado falsa o erróneamente la ley, su fallo debía comprender: 1. La declaración de la violación o de la falsa o errónea aplicación de la ley en que se funda la resolución casada; y 2. La declaración de la ley aplicable al caso. Si consideraba que el procedimiento, cuya resolución era objeto de casación, no cumplía con las formas prescritas por la ley para su tramitación o para la expedición del fallo, se precisaba la conformidad de que no hubiese sido observada⁷².

El TGC adoptaría algunos elementos procedentes de la tradición jurídica francesa, como la máxima de que las sentencias se debían casar en procura de «la recta interpretación» de la ley; o el principio conforme al cual el juez opera bajo la presunción de que la reserva de la competencia de juzgar sobre el fondo le pertenece al Poder judicial⁷³. Esto último implicaba que una vez que el Tribunal emitiese una sentencia venida del Poder Judicial, regresaba a este para que nuevamente procediere a emitir un nuevo fallo de acuerdo con la Constitución; es decir, teniendo en cuenta el sentido de la sentencia del TGC. Hubo casos en que no se tomaba en cuenta las sugerencias del TGC y más de una vez el mismo caso regresaba al TGC.

En efecto, la misma fundamentación normativa que servía de sustento al Tribunal de Garantías para casar se encuentra, hoy en día, en la *Corte de Cassation* francesa. Su tenor, invariable, reza así: «A razón de la pirámide judicial, la Corte de Casación es la jurisdicción suprema en Francia encargada de unificar el derecho verificando la exacta aplicación del derecho para los jueces encargados de aplicar el derecho sustantivo»⁷⁴.

Con la regencia de este canon argumentativo primó, como se ha dicho, la creencia en un «Estado de derecho» más que en un «Estado constitucional de derecho»; por consiguiente, la certeza de que por medio del instituto de casación se podía conseguir que la ley llegue a encarnar la voluntad general. En otras palabras, se tuvo un TGC

⁷¹ Ortecho Villena, Víctor Julio. *Derechos y garantías Constitucionales, Hábeas corpus, acción de amparo, acción popular e inconstitucionalidad*. Marsol Perú Editores S.A., Trujillo, 1985, p. 450.

⁷² *Ibidem*.

⁷³ Voto singular de Aguirre Roca, *caso Efraín Apaoz Córdova*, 12 mayo 1983, p. 22.

⁷⁴ Página del Ministerio de Justicia de Francia. *Historia de la Corte de cassation*. «Au sommet de la pyramide judiciaire, la Cour de cassation est en France la juridiction suprême chargée d'unifier le droit en vérifiant pour cela l'exacte application du droit par les juges du fond». Disponible en: <http://www.justice.gouv.fr/histoire-et-patrimoine-10050/la-justice-dans-lhistoire-10288/histoire-de-la-cour-de-cassation-22450.html>.

que argumentaba bajo la creencia de que la ley tiene una propia y objetiva existencia, y que, por tanto, la «recta interpretación de su texto conduce al descubrimiento de la verdad sobre el sentido de la voluntad del pueblo»; en similar registro, que solo existe «un sentido de la ley que es verdadero» y, bajo tal premisa, solo se «requiere un órgano que determine y declare cuál es el sentido verdadero de la ley»⁷⁵. La inspiración inicial del instituto de la casación se remonta a los inicios del Estado moderno en los tiempos de la Revolución Francesa. No debe olvidarse que en diciembre de 1790 se creó el *Tribunal de Cassation* por la Asamblea Nacional francesa, cuyo propósito era superar el sospechoso *Conseil des Parties* del *Ancien Régime*. Tal era el apego a la fórmula de la ley formal, que se llegó a afirmar que las casaciones del TGC eran un «juicio legal contra las sentencias»⁷⁶.

Como obvio corolario, se puede afirmar que la normativa orgánica del TGC (específicamente el inciso 2 del artículo 6 de la Ley 23506, Ley de Hábeas Corpus y Amparo, que disponía: «No procede las acciones de garantía: [...] 2) contra resolución judicial emanada de un procedimiento regular»), no estaba inspirada en un «sentimiento constitucional»⁷⁷ (en el sentido de promover el «estado constitucional de derecho»), que hoy en día sí está difundido en la fundamentación del actual Tribunal Constitucional peruano. El TGC más bien tributaba a un modelo afincado en el sistema legal del «estado de derecho», entendido como apego y observancia de la ley.

2. El diseño del proceso de inconstitucionalidad

2.1. Las sentencias de inconstitucionalidad

El TGC estuvo concebido como un organismo jurisdiccional que debía emitir resoluciones (pronunciamientos, sentencias); en el caso de los pronunciamientos, estaban regulados por el artículo 8 de la Ley Orgánica respectiva. Según esta norma la declaratoria de inconstitucionalidad requería seis votos conformes del total de los nueve magistrados; cuando no se conseguía este cuórum, se emitían «pronunciamientos». Los pronunciamientos no fijaban una posición sobre el problema, eran más bien formas de documentar la opinión de los jueces tanto en mayoría cuanto

⁷⁵ Antillón, Walter. «La casación repensada». En: *Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005, p. 183.

⁷⁶ Valle-Riestra, Javier. *El Tribunal de Garantías Constitucionales. El caso de los votos nulos y blancos*. Lima: Labrusa S.A., 1986, p. 35.

⁷⁷ Lucas Verdú, Pablo. *El sentimiento constitucional (Aproximación al estudio del sentir constitucional como modo de integración política)*. Madrid: Reus, 1985, p. 243.

en minoría con sus votos singulares; también permitían que se presente una nueva demanda sobre la misma materia. Así, en lo que incumbe a las acciones de inconstitucionalidad, el TGC tuvo la siguiente producción jurisdiccional: declaró cuatro inconstitucionalidades; ocho veces se decantó por declarar la constitucionalidad de la norma sometida a cuestión; decretó dos inadmisibilidades y emitió cinco pronunciamientos. La primera improcedencia que se documenta, de fecha 30 de diciembre de 1982, fue expedida en una demanda contra una resolución de la Corte Suprema del Poder Judicial. Dejó procesos en curso producto de la intempestiva intervención militar de 1992.

Como se ha mencionado, si el TGC declaraba la inconstitucionalidad de una norma de fuente parlamentaria, el Congreso, por el mérito del fallo, aprobaba una ley que derogaba la norma inconstitucional (artículo 301 de la Constitución de 1979). Si transcurrían cuarenta y cinco días naturales sin que se promulgue la derogatoria, se entendía derogada la norma inconstitucional. Y, en correspondencia, el TGC ordenaba publicar la sentencia en el diario oficial. Asimismo, en el supuesto de que el TGC declarase la inconstitucionalidad de normas que no tenían como origen el Poder Legislativo, ordenaba la publicación de la sentencia en el diario oficial, y surtía efectos desde el día siguiente de dicha publicación (artículo 302 de la Const. 1979). Solo se registró en el caso de la demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 25051 que el Congreso no expidió oportunamente la nueva ley derogatoria, y por tal razón el TGC ordenó directamente que se publique la sentencia. Vale la pena reproducir el contenido de dicho documento que contiene la orden:

«RESOLUCIÓN.-

Arequipa, 8 de noviembre de 1990

Atendiendo: a que la sentencia de este Tribunal de Garantías Constitucionales de trece de Agosto último, fue comunicada al señor Presidente del Congreso, el día dieciocho de Setiembre próximo pasado, a través del Oficio número ciento ochentiocho-noventa-P/TGC; que desde esa fecha han transcurrido más de cuarenta y cinco días naturales sin que el Congreso Nacional haya expedido la ley derogatoria de la veinticinco mil cincuentiuno declarada inconstitucional por lo que es de aplicación el segundo párrafo del artículo treinticinco de la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales número veintitrés mil trescientos ochenticinco que dispone que vencido el plazo citado se considera derogada la norma inconstitucional y en cumplimiento de su última parte mando que se publique la sentencia en el diario oficial.

JORGE LEÓN SEMINARIO

PRESIDENTE»

Como se observa de la resolución transcrita, se produjo por parte del TGC una derogación directa de la ley cuestionada.

Entre la legislación atinente al TGC, como es natural, se debe tener en cuenta también la normativa reglamentaria. Según el artículo 3 de la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales, Ley 23385, el TGC podía «proponer reglamentos sobre su propio funcionamiento y organización, así como sobre el régimen de trabajo de su personal y servicios dentro del ámbito de la presente ley». El Reglamento General del Tribunal de Garantías Constitucionales sería emitido mediante Decreto Supremo 012-87-JUS, de fecha 19 de noviembre de 1987⁷⁸.

El Reglamento, en sus artículos 16 y 17, establecía que las demandas de inconstitucionalidad se presentarían ante la Oficina de Trámite Documentario; y, dentro de las 24 horas siguientes, el jefe de dicha oficina entregaba el expediente al secretario jurisdiccional, quien, a su vez, daba cuenta de la demanda al presidente del organismo dentro de otras 24 horas. El presidente, a su vez, designaba un ponente para que, en el plazo de tres días útiles, emita opinión sobre la admisibilidad de la demanda (artículo 18). De ser admitida la demanda, el Tribunal corría traslado al demandado y, vencido el plazo, señalaba día y hora para la vista de la causa. Finalmente, se emitía resolución dentro de los 30 días siguientes (artículo 19). Si un magistrado votaba en sentido diferente a la resolución de la mayoría, emitía un voto singular dentro de las 24 horas siguientes, el cual se agregaba a la resolución. Vencidos los plazos, se publicaba la resolución en el diario oficial *El Peruano* (artículo 26).

38

Una característica de este esquema era la limitación de las atribuciones del Tribunal a únicamente casar o declarar la inconstitucionalidad. El primer obstáculo fue el requisito de las cincuenta mil firmas de ciudadanos para habilitar las demandas de inconstitucionalidad. Otra era el elevado número de votos necesarios para formar una decisión⁷⁹. En efecto, se exigían cinco votos a favor para resolver los recursos de casación (hábeas corpus y amparo), y seis para declarar la inconstitucionalidad de una norma. Como consecuencia, el Tribunal no llegaba a resolver en varias oportunidades.

Vale acotar que según el artículo 24 de la Ley 23385, Ley Orgánica del TGC, podían interponer la acción de inconstitucionalidad, además de los ciudadanos referidos, el presidente de la República, veinte senadores, sesenta diputados, la Corte Suprema de Justicia o el fiscal de la Nación. Las demandas solo se podían interponer

⁷⁸ Ministerio de Justicia. *Legislación sobre garantías constitucionales*. Lima: Ministerio de Justicia, 1989, p. 51.

⁷⁹ Aguirre Roca, Manuel. «La razón principal del fracaso del TGC». En: *Thémis*. No. 20, 1991, p. 7.

taxativamente contra leyes, decretos legislativos, normas regionales de carácter regional y las ordenanzas municipales.

En el supuesto de que no se consiguiese los votos suficientes para declarar la inconstitucionalidad, la resolución, en vez de denominarse «sentencia», solo llevaba el rótulo de «pronunciamiento». Con frecuencia, una mayoría no lograba los votos suficientes para declarar una inconstitucionalidad. Estas incidencias demostraban cómo la ausencia de criterios concordantes impedía al TGC una sustancial impartición de justicia. Lo esperable era que el Tribunal fallase a través de sentencias, pero en la práctica quedaba constreñido a emitir pronunciamientos.

A ese respecto, uno de los magistrados del TGC, Manuel Aguirre Roca, lamentaba: «Ha habido, en efecto, cualquier cantidad de acciones de amparo y hábeas corpus no resueltas por la falta de los cinco (5) votos concordantes»⁸⁰. El problema se repetía con las inconstitucionalidades. Según Aguirre Roca, dos situaciones ejemplificaban esto último: «¿quién puede olvidar —se pregunta— que la epónima causa de los votos nulos y blancos, y aquella, no menos importante, del llamado “voto preferencial”⁸¹, no pudieron resolverse —lo mismo que dos demandas más— por la falta de los seis votos concordantes?» El magistrado advertía sobre cómo esto afectó al organismo jurisdiccional: «solo una de las seis acciones que se vieron, mientras yo estuve en el TGC, alcanzó la anhelada suma, y pudo, pues, ser sentenciada». Puntualizaba, finalmente, que «las demandas de inconstitucionalidad han sido escasísimas», y que apenas «representan el uno o el dos por ciento de los asuntos que ha conocido el Tribunal»⁸².

El origen de este problema se remontaba a la propia Ley Orgánica del TGC. Se había diseñado en ella un ente cuyo ejercicio jurisdiccional, con respecto a las acciones de inconstitucionalidad, era sumamente restrictivo, y a esta limitación se sujetaban también los accionantes. Así, el artículo 8 del Reglamento prescribía: «El Tribunal resuelve y adopta acuerdos con un mínimo de cinco votos conformes, salvo para resolver los casos de inconstitucionalidad o inadmisibilidad de acción que exigen 6 votos conformes. Ley 23385, Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales». Hubo momentos en los que solo se llegaba al cuórum de ocho magistrados debido a que uno de ellos se ausentaba (muchas veces por motivos de salud) e incluso

⁸⁰ Aguirre Roca, Manuel. *Op. cit.*, p. 7.

⁸¹ Como, por ejemplo, los casos citados de «Los votos nulos y blancos» (Expediente 002-84-I/TGC del 19 de febrero de 1985) y el del «voto preferencial» (Expediente 004-84-I/TGC, del 19 de febrero de 1985).

⁸² Aguirre Roca, Manuel. *Op. cit.*, p. 8.

se presentaron situaciones en las que no se había nombrado siquiera al noveno magistrado. A veces bastaba que tres magistrados estuvieran en contra para bloquear a una mayoría que estaba a favor de una inconstitucionalidad.

2.2. La influencia de la Corte Suprema en el TGC

Sobre la preeminencia de la Corte Suprema y la dependencia —y hasta subordinación— del TGC, Eguiguren Praeli comenta: «Es interesante anotar que no hubo significativa resistencia de los constituyentes a aceptar —desde un inicio— la competencia del Tribunal para declarar la inconstitucionalidad, con efectos generales, de las leyes dictadas por el Congreso. Sin embargo, sí existieron objeciones que se fueron acrecentando a otorgarle atribuciones en materias que suponían asumir asuntos que ya eran de competencia de la Corte Suprema (acción popular, juicio de responsabilidad penal o constitucional de altos funcionarios) o revisar decisiones del máximo órgano judicial (resoluciones definitivas, casos de habeas corpus y amparo, excepción de inconstitucionalidad, sanción a magistrados) o del Jurado Nacional de Elecciones (nulidad de procesos electorales)»⁸³.

40

Indudablemente, en esta reticencia de los constituyentes a confiar en un organismo autónomo el control constitucional concentrado no solo influyeron sus propios recelos y temores, sino también, y de manera decisiva, las presiones de la Corte Suprema (en nombre del Poder Judicial) y de algunos miembros de la asamblea, que hicieron oposición activa a la mayoría de competencias propuestas para el diseño del Tribunal de Garantías⁸⁴.

El ya citado Manuel Aguirre Roca recusó esta influencia de la Corte Suprema; a este respecto, señalaba: «tres de los magistrados del Tribunal de Garantías son nombrados por la Corte Suprema (Sala Plena, claro está), no obstante que en cerca del 99% de los casos que llegan al alto organismo, se trata nada menos que de fiscalizar y anular (“casar”) las resoluciones de la Corte Suprema, es decir, expedidas por quien nombra al tercio de los miembros del Tribunal»⁸⁵. Esto llegó incluso a determinar que algunos de los magistrados del TGC estuviesen a favor de las resoluciones de la Corte Suprema, pues de ella dependía su reelección⁸⁶.

⁸³ Eguiguren Praeli, Francisco José. *Op. cit.*, 1991, pp. 15-60.

⁸⁴ *Ibidem.*

⁸⁵ Aguirre Roca, Manuel. *Op. cit.*, p. 8.

⁸⁶ *Ibidem.*

2.3. El reclamo por reformar el proceso de inconstitucionalidad

No resultaba extraño que ante las evidentes dificultades para la emisión de sentencias de inconstitucionalidad, y de la verificación de las propias limitaciones, tanto institucionales cuanto de diseño, los propios magistrados reclamaran una reformas del TGC. Así, para el magistrado Mario Peláez Bazán, presidente del Tribunal hacia 1986-1987, la acción de inconstitucionalidad debía ampliarse hacia otras normas y situaciones, tales como los reglamentos de las cámaras legislativas, los tratados internacionales, los reglamentos de las instituciones públicas, los conflictos de atribuciones entre la administración pública y los tribunales de justicia; los partidos políticos, cuando pongan en peligro la existencia de un régimen democrático, o las resoluciones de entidades estatales o privadas contrarias y violatorias de los derechos de los consumidores. Para estas últimas, Peláez Bazán proponía un «petitorio constitucional de emergencia»⁸⁷.

En los pocos procesos de inconstitucionalidad que se llegaron a tramitar, se cumplió con citar a la Comisión Permanente del Congreso para que acuda a presentar alegatos a favor de sus normas. Entre los apoderados del Legislativo estuvo el doctor Valentín Paniagua Corazao⁸⁸. Un caso anecdótico fue el caso de los «Votos nulos y viciados», en el cual el TGC tenía que resolver si cabía computar dichos votos como válidos, que tendría incidencia sobre las elecciones presidenciales de 1985.

41

Cabe mencionar que existieron críticas y autocríticas de los magistrados respecto del desarrollo institucional del Tribunal de Garantías Constitucionales. Por ejemplo, se registra de manera fidedigna las reflexiones al respecto de los magistrados Aguirre Roca⁸⁹ y Peláez Bazán⁹⁰.

⁸⁷ Peláez Bazán, Mario. *Memoria 1986-1987. Tribunal de Garantías Constitucionales*. Lima, 1988, p. 15. De los vacíos y necesidades, que debían superarse dentro de la legislación del Tribunal de Garantías Constitucionales, da cuenta así al Congreso de la República el Dr. Mario Peláez Bazán, presidente de ese órgano de control constitucional (artículo X del T.P. del CC).

⁸⁸ Colegio de Abogados de Lima, *Revista del Foro*, Lima, enero-junio, 1992. Año LXXX, No. 1, p. 113. La Cámara Peruana de la Construcción (Capeco), había interpuesto una acción de amparo contra el Estado peruano representado por el Ministerio de Trabajo, el presidente del Consejo de Ministros y el Poder Legislativo contra la aplicación de la Ley 25202 y su reglamentación. Esta demanda de amparo —de fecha 16 de marzo de 1990— fue anterior a la acción constitucional planteada ante el Tribunal de Garantías Constitucionales y sobre ella recayó, con fecha 7 de mayo de 1990, una sentencia que declaró fundada la demanda y que no era aplicable la Ley 25202, ni su reglamento.

⁸⁹ Peláez Bazán, Mario. *Op. cit.*

⁹⁰ Aguirre Roca, Manuel. *Op. cit.*, p. 8.

3. Resoluciones de inconstitucionalidad del TGC

Las resoluciones que se exponen constituyen los primeros aportes de este naciente organismo que funcionó aproximadamente diez años (1982-1992). Como se ha indicado, su valor histórico-constitucional no reside únicamente en el texto principal de ellas, sino que debe revisarse con acuciosidad también los votos singulares que se acompañaban. A continuación se presenta una síntesis de cada uno de los procesos de inconstitucionalidad reunidos en este texto.

El Expediente 001-82-I/TGC, de fecha 30 de diciembre de 1982, originó la resolución más antigua en materia de inconstitucionalidad en el Perú. En el fallo no hubo pronunciamiento sobre el fondo. La parte demandante pretendía que se declare inconstitucional una resolución de la Corte Suprema. Según la sumilla de la causa, se declara improcedente la demanda interpuesta por el doctor Julio Ciro Armaza Chambi, considerando que de conformidad con lo dispuesto en el inciso 1° del artículo 298 de la Constitución Política de 1979, el TGC era competente solo para declarar la inconstitucionalidad parcial o total de las leyes, decretos legislativos, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales; y no así una resolución de la Corte Suprema⁹¹. La causa fue resuelta por el primer colegiado, compuesto por los magistrados Eguren Bresani, Vargas Vargas, Vásquez Salas, Silva Salgado, Peláez Bazán, Rodríguez Mantilla, Rodríguez Domínguez y Aguirre Roca.

42

Cronológicamente, la segunda resolución tuvo fecha 8 de febrero de 1983 y recayó en el Expediente 002-82-I/TGC, que declaró inadmisble la demanda. El texto completo de la demanda se encuentra transcrito en el libro *El Tribunal de Garantías Constitucionales: prontuario* del entonces magistrado Corso Masías⁹² y fue presentada por Luis Alberto Sánchez y otros senadores. La demanda de inconstitucionalidad se interpuso contra las siguientes normas: el artículo 2 de la Ley 23321 del 20 de noviembre de 1981 que ordenaba agregar al artículo 328 del Código Penal el siguiente párrafo: «Artículo 2.- Agréguese al art. 328 del Código Penal el siguiente párrafo: si el delito fuese cometido mediante un órgano de comunicación social, la pena será de prisión no menor de seis meses»; y contra el artículo 6 del Decreto Legislativo 46 que tipificaba el delito de terrorismo y cuyo texto rezaba a la letra: «Artículo 6.— El que

⁹¹ Tribunal de Garantías Constitucionales. Extracto de resoluciones y votos en las causas de amparo y hábeas corpus.

⁹² Corso Masías, Alfredo. *Op. cit.*, p. 131. En el compendio además se recoge legislación relacionada al Tribunal de Garantías, entre otras normas la Ley 23506, norma que se ocupa de la jurisdicción internacional y de la denuncia ante la Comisión de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos.

mediante la imprenta, la radio, la televisión u otro medio de comunicación social, incitare a un número determinado de personas para que, cometan cualquiera de los actos que conforman el delito de terrorismo, será reprimido con penitenciaría no menor de cuatro años, al mayor de ocho años». El fallo del Tribunal especificó que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley 23385, la inadmisibilidad se motivaba en no haberse consignado la firma de los veinte senadores requeridos para interponer dicha demanda. En esta sentencia emanó el primer voto singular, formulado por el magistrado Alfredo Corso Masías. Una nueva demanda contra las mismas normas se presentaría con posterioridad al caso comentado.

El mismo 8 de febrero de 1983 se emitió la resolución correspondiente al Expediente 003-83-I/TGC. La demanda de constitucionalidad fue interpuesta por Reynaldo B. Naupay Gavilán; en la resolución el Tribunal declaró sin lugar la solicitud presentada, habida cuenta de que la solicitud no se encuadraba en ninguno de los supuestos taxativamente establecidos en el artículo 298 de la Constitución de 1979.

El 29 mayo de 1984 se emitiría el fallo recaído en el Expediente 001-83-I/TGC. El sentido de la sentencia fue declarar infundada la demanda. La demanda, interpuesta por sesenta diputados, cuestionaba la constitucionalidad de la Ley 23339, Ley de Corporaciones Departamentales, del 15 de diciembre de 1981, específicamente su artículo 49, que dejaba sin efecto algunas las modificaciones y ampliatorias a la citada ley⁹³. La sentencia contiene un argumento interesante, aunque no desarrollado del todo, que versa: «si se atiende a las mejores enseñanzas y doctrinas actuales sobre los métodos de interpretación»; esto es, «se considera cuál es la voluntad del Constituyente y la finalidad de la citada Disposición Transitoria, así como a la inviabilidad de las leyes creadoras de las Juntas de Obras Públicas y Corporaciones Departamentales de Desarrollo y al contenido constitucional de la ley veintitrés mil trescientos treintinueve». El magistrado Osvaldo Rodríguez Mantilla efectuó un juicio de «razonabilidad», «aplicabilidad» y «congruencia» a modo de filtros y concluyó que la ley en cuestión «pasa óptimamente» todos estos juicios.

El 28 de agosto de 1984 se emitió fallo sobre el Expediente 002-84-I/TGC. Fue interpuesto contra el artículo 2 de la Ley 23321, Delito de Desacato, y contra el Decreto Legislativo 46, Incitación al Terrorismo. Se trata de la segunda demanda de inconstitucionalidad contra esas normas. Esta vez fue planteada por veinticinco

⁹³ El texto completo de dicho artículo es: «Art. 49.- Déjase sin efecto el Art. 3 del Decreto Supremo No. 049-81-PCM de 4 diciembre de 1981 y deróguese las leyes de creación de las Corporaciones y Juntas de Desarrollo, sus modificaciones y ampliatorias así como las demás disposiciones legales que se opongan a la presente ley».

senadores, quienes acreditaron debidamente su representación. La fundamentación de la sentencia principal fue escueta; los votos singulares, en cambio, fueron extensos y detallados en la argumentación.

El 19 de febrero de 1985 se emitió fallo recaído en Expediente 003-84-I/TGC. Se trata de un «pronunciamiento», es decir, se emite resolución, pero sin decidir sobre la inconstitucionalidad. La sentencia señala no haberse alcanzado el número de votos requeridos por ley, deja subsistente la impugnada y el derecho de los recurrentes a replantear la acción. Se trataba de una acción de inconstitucionalidad interpuesta por sesenta y un diputados contra el artículo 6° de la Ley 23903. La controversia era si debían o no estimarse como votos válidamente emitidos los votos en blanco y los nulos. Visto el resultado de la votación y estando a lo prescrito en el artículo 8 de la Ley Orgánica del Tribunal, que disponía que para obtener resolución en las acciones de inconstitucionalidad, se requiere de seis votos conformes; al no haberse obtenido este número, el primer párrafo del artículo 6 de la Ley 23903 conservó su vigencia y los accionantes su derecho a replantear la demanda. Existió expectativa por los resultados del sentido de este fallo, puesto que de declararse válidos los votos nulos o viciados, ello influiría en los resultados de las elecciones generales que habrían de realizarse en abril de 1985. Interesa poner en evidencia el bagaje jurídico de algunos de los magistrados. Así, Manuel Aguirre Roca, en su voto singular, ilustra cómo se pretendía realizar «el transplante del art. 290»⁹⁴. Dicho término, «transplante», es una categoría propia de la comparación jurídica, acuñada por Alan Watson en 1974⁹⁵. En otro voto singular, en afinidad con las ideas contemporáneas progresistas, el voto del magistrado Silva Salgado hizo un recuento histórico de cómo se incorporan paulatinamente a la ciudadanía los antes considerados «indígenas tributarios analfabetos», por medio del voto universal.

De la misma fecha, 19 de febrero de 1985, es el fallo recaído en el Expediente 004-84-I/TGC, que también versaba sobre una causa en materia electoral. Se trató de un «pronunciamiento». Las normas objeto de control de constitucionalidad fueron los artículos 10, 11, 12 y 20 de la Ley 23903. La materia de la controversia fue la validez del voto preferencial en la elección parlamentaria. La demanda de inconstitu-

⁹⁴ Sentencia sobre los votos válidamente emitidos, los votos en blanco y los nulos (Expediente 003-84-I/TGC). El voto del magistrado Aguirre Roca dice: «El transplante del art. 290°. Anunciamos, a propósito del argumento del “transplante” del artículo 290, tratado en la parte correspondiente al “Análisis Sistemático”, una pequeña adenda. Hela aquí: Parece lógico pensar que, al transplantarse, tal cual, el régimen del artículo 290°, se ha querido respetar el régimen aritmético-jurídico que de él se desprende».

⁹⁵ Watson, A. *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, Edinburgh, 1974.

cionalidad fue interpuesta por «una señora senadora y veintiún señores senadores»⁹⁶. Los magistrados Euguren Bresani, Basombrío Porras, Silva Salgado, Peláez Bazán y Aguirre Roca votaron por la inconstitucionalidad de los artículos impugnados de la Ley 23903. Por su parte, los colegiados Rodríguez Mantilla, Corso Masías y Osoreo Villacorta votarían por que se declare infundada la demanda en todas sus partes. El argumento, en el fondo, perseguía que la ley reconociera a los partidos políticos el derecho de seleccionar los candidatos y, a través de esa selección, imponerlos a los electores, cuando es ese precisamente el derecho que corresponde a los ciudadanos y solo en ese supuesto puede decirse que «el poder emana del pueblo», según se señaló en la sentencia.

El 24 de setiembre de 1987 se emitió fallo sobre el Expediente 001-87-I/TGC. También la causa culmina en un «pronunciamiento». Se inició a través de la demanda de inconstitucionalidad, planteada por veintiún senadores, contra la Ley 24617 y el Decreto Legislativo 371, relativos a la reorganización de la Policía Nacional. En cuanto a la forma, el Decreto Legislativo 371 era cuestionado de haberse emitido fuera del plazo permitido al Poder Ejecutivo en la delegación de facultades. La sentencia afirmaba que no fue así: el cómputo del plazo se efectuó en días hábiles y, por tanto, fue emitido dentro del lapso legal. Asimismo, el Decreto Legislativo era cuestionado en tanto facultaba al Ministerio Público para determinar qué miembros de la policía pasarían a retiro, a la vez que definía a las fuerzas policiales como institución de carácter profesional no militar y de estructura funcional jerarquizada. Respecto de lo primero, la sentencia afirmó que las fuerzas policiales no estaban sometidas al régimen de estabilidad laboral; en cuanto al segundo extremo, la Constitución de 1979 diferenciaba entre las fuerzas policiales y las fuerzas armadas. Con relación a la cuestionada Ley 24617, se señaló que era coherente con la regulación constitucional de las fuerzas policiales.

En la sentencia se sostiene que el Poder Legislativo, de conformidad con los principios rectores del sistema de democrático, tiene la facultad soberana no solo de promulgar las leyes, sino también de modificarlas, derogarlas o interpretarlas a título universal, «sin que se haya concedido semejante o igual facultad a otro Poder del Estado», por cuanto la delegación de la facultad de dictar leyes, a que hacía referencia el artículo 188 de la Constitución, no hace más que «confirmar el citado principio». En lo tocante al principio de que la «interpretación judicial es solo a título particular» y aplicable únicamente a los casos *sub litis*, la referencia al inciso primero del artículo

⁹⁶ Nótese en la redacción de ese párrafo de la distinción que permite evidencia que entre los senadores había una mujer. Esto permitió visibilizar la participación de una de las legisladoras.

186 de la Constitución podría interpretarse *contrario sensu* como «una limitación a dicha facultad cuando se trate de leyes inexistentes». Explica la sentencia que ello no significaba «un recorte a las atribuciones soberanas del Congreso, sino que simplemente hace mención a que solo hay necesidad o utilidad de modificar o interpretar lo que existe», o cuanto «el mismo Congreso considere que existe o califique como ley existente».

El 13 de agosto de 1990 se emitió pronunciamiento sobre el Expediente 062-90-I/TGC. Se trató de una demanda de inconstitucionalidad planteada por el Fiscal de la Nación contra la Ley 24243. Mediante dicha ley, el Estado expropiaba y adjudicaba un terreno al Club Yurimaguas. El propietario original del terreno era la Pontificia Universidad Católica del Perú. Se cuestionó si el terreno debió ser adjudicado al Club Yurimaguas o, en todo caso, ser usado para un beneficio social más importante, como lo sería la instalación de una posta médica. Se diferenciaron dos posturas en la sentencia. Los magistrados que votaron en contra de la inconstitucionalidad, manifestaron que el Club se había constituido para mantener vivos la cultura y el folclore. Por otro lado, quienes se inclinaban la inconstitucionalidad señalaron que, por un lado, la ley carecía del principio de razonabilidad y que, asimismo, no se observaba la aplicación del principio de utilidad pública e interés social que debía caracterizar a toda norma expropiadora. En la sentencia se emitió «pronunciamiento» y «no resolución», en tanto no se alcanzó el número de votos uniformes mínimo.

El mismo 13 de agosto de 1990 se expediría la primera sentencia de inconstitucionalidad del TGC, recaída en el Expediente 001-90-I/TGC. La demanda fue interpuesta por el fiscal de la Nación contra la Ley 25051, de expropiación de un predio en Chanchamayo. El colegiado estuvo compuesto por los magistrados León Seminario (presidente), Centurión Vallejo (vicepresidente), Corso Masías, Diez-Canseco Yáñez, Valenzuela Astete, Díaz Valdivia, Espinal Cruzado y Samanamud Rubín. El magistrado Peláez Bazán no intervino por razones de salud, mientras que Gabriela Guillén Fernández actuó como secretaria. Se presentaron los fundamentos de voto de los magistrados Diez-Canseco Yáñez y Samanamud Rubín, y el voto singular del magistrado Espinal Cruzado. El fundamento de voto del magistrado Diez-Canseco Yáñez advirtió la violación del «principio de razonabilidad», mientras que el colegiado Samanamud Rubín, quien votó a favor de la inconstitucionalidad de la norma, sostuvo que se había infringido el inciso primero del artículo 233 de la Constitución, en lo tocante a la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, con lo que se vulneraba el derecho al debido proceso.

Una tercera sentencia del 13 de agosto de 1990, contenida en el Expediente 003-90-I/TGC, declaró infundada la acción de inconstitucionalidad de la Ley 25052

sobre Bolsa de Trabajo Sindical. Votaron por declarar infundada la acción los colegiados León Seminario, Centurión Vallejo, Corso Masías, Valenzuela Astete y Espinal Cruzado. Votos singulares fueron emitidos por los magistrados Diez-Canseco Yáñez y Samanamud Rubín. Se afirmó en la sentencia que la norma no violaba los tratados internacionales sobre libre negociación y libertad sindical ni la igualdad de trato. Se mencionó la encíclica *Laborum Excercens* de Juan Pablo II, del 15 de abril de 1981, en tanto se exaltaba la idea de una economía mixta público-privada. El magistrado Diez-Canseco, en su voto singular, afirmó que el llamado «constitucionalismo social» no significaba la Constitución de 1979 fuese socialista o socialdemócrata y, por ello, enervó la acción de inconstitucionalidad. Afirmó dicho magistrado que la postura de la sentencia estaba en contra del principio de jerarquía de las normas establecido en el artículo 87 (Const. 1979). Se vulneraron los derechos a contratar con fines lícitos, el derecho a la igualdad ante la ley, el derecho al trabajo, la libertad sindical individual, el principio de legalidad, obligó a los trabajadores a una asociación sindical, se limitó el derecho a elegir el trabajo, se estaba discriminando a los trabajadores de construcción respecto de las demás actividades.

El 3 de octubre de 1990 se expidió la resolución recaída en el Expediente 004-90-I/TGC. La demanda de inconstitucionalidad fue interpuesta por veinte senadores en contra del Decreto Supremo 057-90-TR, promulgado el 17 de agosto de 1990. El Decreto Supremo versaba sobre los convenios colectivos en materia laboral. El fundamento de la inadmisibilidad de la sentencia fue que el dispositivo no se encontraba dentro del supuesto posible de impugnación, ya que, según la normativa, el TGC se limitaba al conocimiento de impugnaciones sobre leyes, decretos legislativos, normas regionales de carácter general, y ordenanzas municipales que contraviniesen la Constitución en la forma o en el fondo. Se presentaron sendos votos singulares de Jaime Diez-Canseco y Pelayo Samanamud, quienes se mostraron a favor de la inadmisibilidad de la demanda, y un voto de del magistrado Espinal Cruzado, a favor de la admisibilidad de la demanda. Se señaló que la función legislativa no era exclusiva del Congreso. Así, por ejemplo, los decretos de urgencia tenían fuerza de ley. El concepto de *ley* tenía dos sentidos: uno material y uno formal. Se expresó, asimismo, que se imponía avanzar hacia una adecuación racional de modelo legislativo previsto en la Constitución, a fin de que la ley parlamentaria y las normas gubernamentales encontrasen una estructuración coherente y sistemática. Por consiguiente, se concluyó que, de acuerdo con la doctrina y el propio texto constitucional, el decreto de urgencia cuestionado tenía fuerza de ley. Aunó la idea de que el TGC era el «órgano de control de la constitución», que «se encuentra sometido solo a la constitución y su Ley Orgánica» y es «único en su orden». Además, era competente

para avocarse al conocimiento de la acción incoada, declarando previamente la admisibilidad de la demanda.

El 18 de diciembre de 1991 se expidió la sentencia recaída en el Expediente 002-003-I/TGC, que declaró la inconstitucionalidad de los artículos 20 y 21 de la Ley 25334, Ley de Crédito Suplementario en el Presupuesto del Gobierno Central para el Ejercicio Fiscal de 1991. Declaró infundada la demanda respecto de la inconstitucionalidad de los artículos 8 de la citada norma y 292 de la Ley 25303, Ley Anual de Presupuesto del Sector Público para 1991. El tema de fondo estaba relacionado con los límites a los incrementos salariales y las condiciones de trabajo. En el primer considerando de la sentencia se rescató la doctrina desarrollada por Manuel García Pelayo según la cual «la aparición de la Jurisdicción Constitucional en la doctrina nacional y en el Derecho Constitucional Comparado representa la culminación de la “transformación del Estado legal de Derecho en Estado Constitucional de derecho”».

Se consideró que el cuestionado artículo 20 de la Ley 25334 incluía en su ámbito de aplicación una amplia gama de empresas y a los trabajadores de organismos del Estado sujetos al régimen de la actividad privada. Inconstitucionalmente, prohibía el incremento remunerativo y el mejoramiento de condiciones de trabajo. Mientras que el artículo 21 de la misma norma privaba a la negociación colectiva de la autonomía de las partes intervinientes y e involucraba al Ministerio de Economía y Finanzas para que, a través del Conade y Conapi, regulasen la participación de las entidades estatales en dichas negociaciones. Por ello, se acordó en la resolución que el citado artículo 21 violaba el numeral 54 de la Constitución. El dispositivo impugnado liberaba al Estado de su obligación de garantizar «el derecho a la negociación colectiva» y lo convertía en un «Estado interventor».

48

Respecto del artículo 292 de la Ley 25303, la sentencia dispuso que tenía respaldo constitucional, en tanto el presidente de la República, según la Constitución, era el jefe del Estado y se encontraba en la cima de la jerarquía administrativa. Finalmente, señaló que el artículo 8 de la Ley 25334 se fundaba en el razonable criterio de austeridad para la ejecución de los presupuestos de todos los organismos del Sector Público.

El 29 de enero de 1992, el Expediente 004-005-91-I/TGC declaró la inconstitucionalidad parcial en cuanto al fondo del Decreto Legislativo 651, en la parte que regulaba lo concerniente al transporte colectivo local urbano. Asimismo, declaró que la emisión del Decreto Legislativo 651 había tenido lugar de conformidad con la Ley Autoritativa 25327; y, en consecuencia, declararían infundada la demanda en

dicho extremo. El Decreto Legislativo 651 versaba sobre la liberalización del precio de transporte. La regulación del transporte urbano hasta entonces competía a las municipalidades, en el entendido de que se estableciese un equilibrio entre el interés del usuario y la razonable rentabilidad del empresario, dentro de la llamada economía social de mercado.

Por último, el elenco de sentencias que se presenta en este volumen se cierra con la sentencia de fecha 10 de marzo de 1992, contenida en el Expediente 008-91-IGC que declaró la constitucionalidad, en cuanto a la forma, del Decreto Legislativo 650 y, en consecuencia, declaraba infundada la demanda en ese extremo. Se declaró la constitucionalidad parcial en cuanto al fondo, y la inconstitucionalidad únicamente de la parte pertinente del artículo segundo, que prescribía «el efecto cancelatorio del pago de la compensación de tiempo de servicios». El Decreto Legislativo 650 trataba acerca de la compensación por tiempo de servicios cancelatorios. El colegiado estuvo compuesto por los magistrados: Centurión Vallejo, León Seminario, Valenzuela Astete, Díaz Valdivia, Samanamud Rubin, Mixan Mass, Núñez del Prado Cruz. Como relatora secretaria del TGC actuó María Luz Vásquez Vargas. Se explicaba que «el tribunal como legislador negativo se pronuncia para poder derogar una ley». Fundamentaba dicha decisión en que «si la norma se encuentra fuera los límites de interpretación de la Constitución debe ser declarada su inconstitucionalidad. Es decir la antinomia entre la ley y la constitución se soluciona declarando la preeminencia de la segunda». Sobre el fondo de la cuestión se argumentó que la norma «regula un nuevo régimen de compensación por tiempo de servicios. Este nuevo régimen es una mejor y efectiva garantía porque obliga al empleador a efectuar los depósitos semestrales bajo responsabilidad». Se agregó que «permite la inclusión de las bonificaciones en la remuneración básica».

NOTA DE EDICIÓN

En este texto se ha recopilado las resoluciones que el Tribunal de Garantías Constitucionales emitió durante su periodo de funcionamiento (1982-1992): entre sentencias, autos y «pronunciamientos». Se ha trabajado sobre la base de dos soportes documentarios que contienen estos actuados: uno que obra en los archivos del Tribunal Constitucional (TC), y otro, en los archivos de la Biblioteca Nacional.

Dentro del acervo histórico del TC se conserva en la sede de la avenida Javier Prado (San Isidro, Lima), donde se encuentra el archivo central de la institución, parte de los primeros actuados administrativos del TGC. En la sede del Centro de Estudios Constitucionales (CEC) de la calle Los Cedros (San Isidro, Lima) se custodian las copias fedateadas de las resoluciones trasladadas a Lima desde Arequipa. Por entonces, San Isidro (Lima), local propio, funcionaba como sede administrativa y la sede central era Arequipa. Algunos magistrados residían más en Lima y redactaban sus sentencias con ayuda del personal en donde actualmente funciona la biblioteca del CEC.

Tras la intervención militar en abril de 1992 desaparecieron documentos originales (entre ellos numerosas causas y sentencias), además de muebles y enseres que se hallaban en la sede de Arequipa, ubicada en la calle Misti 102 del distrito de Yanahuara. Además de dichas copias, se resguardan en el CEC dos libros originales que agrupan las actas redactadas a mano en los primeros años de funcionamiento del TGC.

Las fuentes que están en el TC se contrastaron con las sentencias publicadas en el diario oficial *El Peruano*, que obran en el archivo de la Biblioteca Nacional y advertimos que tipográficamente eran distintas. Ante criterios divergentes se optó por hacer ligeras modificaciones en aras de darle un mismo formato a los textos. Así las cosas, si bien se respetó el lenguaje y los signos originales en buena medida, se uniformizaron los recursos tipográficos para comodidad del lector. Por ejemplo, se prefirió el uso de negritas, en lugar de cursivas, mayúsculas o subrayados.

Así, este texto representa, en este aspecto, una reconstrucción a partir de las fuentes. Se respetó la lista de quienes aparecen como miembros del colegiado y los magistrados que firmaron la sentencia y se les incluyó tal cual obra en las fuentes, aunque unas veces se consignaban firmas y otras veces solo la relación de sus nombres.

En el libro del profesor Ortecho Villena⁹⁷ se encontraron tres transcripciones de sentencias de inconstitucionalidad (Exp. 008-91-IGC, Exp. N° 004-005-91-I/TGC, Exp. N° 002-003-I/TGC). También se ubicó dos volúmenes de jurisprudencia del TGC («Jurisprudencia Constitucional») editados por Normas Legales.

Debe recordarse que la aprobación y ulterior publicación de la sentencia no coincide con la fecha de su expedición, porque pasaba por el Congreso de la República antes de su publicación en el diario oficial *El Peruano*.

Sobre estas bases (el archivo del TC y el diario oficial *El Peruano*) se construyó una primera relación de resoluciones y pronunciamientos del proceso de inconstitucionalidad emitidos por el TGC, que se contrastó con los datos estadísticos que se obtuvieron gracias a la exrelatora del TGC Gabriela Guillén. La información de Guillén se encuentra en los trabajos del profesor y exmagistrado del TC César Landa Arroyo.

⁹⁷ Ortecho Villena, Víctor Julio. *Jurisdicción y procesos constitucionales. Hábeas data, hábeas corpus, acción popular, acción de amparo, acción de cumplimiento. Conflictos de competencia. inconstitucionalidad*. Lima: Rodhas, 2da. ed., 1996, 374 pp.



**RESOLUCIONES DE
INCONSTITUCIONALIDAD
DEL TRIBUNAL DE GARANTÍAS
CONSTITUCIONALES**

Expediente 001-82-I/TGC

Proceso de inconstitucionalidad interpuesto por Julio Ciro Armaza Chambi contra una resolución de la Corte Suprema. El Tribunal declaró improcedente la demanda.

Fecha de emisión: 30 de diciembre de 1982

Resumen: El Tribunal declaró improcedente la demanda, en tanto se solicitó la inconstitucionalidad de una resolución de la Corte Suprema de Justicia, supuesto no contemplado en la Constitución.

Temas clave: Competencias del Tribunal de Garantías Constitucionales — improcedencia.

55

TRIBUNAL DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

EXP. No. 001-82-I
JULIO CIRO ARMAZA CHAMBI

SS.
EGUREN BRESANI
VARGAS VARGAS
VÁSQUEZ SALAS
SILVA SALGADO
PELAÉZ BAZÁN
RODRÍGUEZ MANTILLA
RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ
AGUIRRE ROCA

**SOLICITUD
ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD**

RESOLUCION

30 Diciembre de 1982

DECLARARON improcedente la demanda interpuesta por el doctor Julio Ciro Armaza Chambi, considerando que de conformidad con lo dispuesto en el inc. I del art. 298 de la Constitución Política el Tribunal de Garantías Constitucionales es competente sólo para declarar la inconstitucionalidad parcial o total de las leyes, decretos legislativos, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales; y que en el presente caso, se pretende conseguir se declare inconstitucional una resolución de la Corte Suprema.

Expediente 002-83-I/TGC

Proceso de inconstitucionalidad interpuesto por Luis Alberto Sánchez, Carlos Enrique Melgar López y otros senadores contra el artículo 2 de la Ley 23321 y el artículo 6 del Decreto Legislativo 46. El Tribunal declaró inadmisibile la demanda.

Fecha de emisión: 8 de febrero de 1983

Resumen: El Tribunal declaró inadmisibile la demanda interpuesta por dos senadores de la República contra el artículo 2 de la Ley 23321 y el artículo 6 del Decreto Legislativo 46, pues no se verificó el requisito constitucional que señala que la demanda debe ser suscrita por un mínimo de veinte senadores. Adicionalmente, los demandantes no fijaron domicilio conforme a ley.

57

Temas clave: Requisitos de la demanda de inconstitucionalidad — inadmisibilidad.

TRIBUNAL DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

EXP. No. 001-83-I

**LUIS ALBERTO SÁNCHEZ, CARLOS ENRIQUE MELGAR LÓPEZ Y
OTROS SENADORES**

SS.

EGUREN BRESANI

VARGAS VARGAS

VÁSQUEZ SALAS

SILVA SALGADO

PELAÉZ BAZÁN

RODRÍGUEZ MANTILLA

RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ

AGUIRRE ROCA

**SOLICITUD
ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD**

RESOLUCIÓN

Arequipa, 8 de febrero de 1983.

Vistos; y considerando: que el artículo doscientos noventinueve de la Constitución política establece quienes están facultados para interponer acciones de inconstitucionalidad; que el inciso quinto del artículo citado estatuye que dicha acción puede ser interpuesta, por veinte Senadores; que en la presente demanda, en la que se solicita la declaración de inconstitucionalidad de los artículos segundo de la Ley número veintitrés mil trescientos veintiuno y sexto del Decreto Legislativo mañero cuarentiseis, solo se presentan como demandantes los Senadores Luis Alberto Sánchez y Carlos Enrique Melgar López, aludiéndose simplemente, a “y otros Senadores de la República”, sin nominarlos y, suscribiéndola únicamente los señores mencionados; que en las tres solicitudes independientes que se acompañan suscritas por distintos Senadores, dirigidas a los Secretarios de su Cámara para los efectos de sus respectivas certificaciones de firmas, se hace referencia a la acción de inconstitucionalidad que interpondrán contra las disposiciones legales antes citadas, “que suscriban el escrito de demanda, con excepción de los señores Sánchez y Melgar; que así mismo no se ha cumplido con señalar domicilio en la sede del Tribunal como lo manda el artículo veintiocho inciso primero de la Ley Orgánica; que el artículo treinta de la expresada Ley establece como causal de inadmisibilidad de la acción que la demanda contenga algún defecto de forma; por estos fundamentos.

58

DECLARARON: Inadmisible la demanda interpuesta y, a tenor de lo dispuesto en el artículo veintidós de la Ley número veintitrés mil trescientos ochenticinco, dejaron a salvo el derecho de los interesados para que lo hagan valer en forma legal correspondiente. Tómesese razón; hágase saber y archívese.

Arequipa, 8 de febrero de 1983.

El voto del Magistrado Alfredo Corso Masías, que suscribe, es el siguiente:

La demanda de Inconstitucionalidad interpuesta por los señores senadores y recibida en la mesa de partes con fecha dos de febrero de mil novecientos ochentitrés, contra la Ley número veintitrés mil trescientos veintiuno del veinte de noviembre de mil novecientos ochentiuno que manda agregar al artículo trescientos ventiocho del Código Penal el párrafo: Artículo segundo “si el delito fuese cometido mediante un órgano de comunicación social, la pena será de prisión no menor de seis meses”; y contra el artículo sexto del Decreto Legislativo número cuarentiseis, que tipifica el delito de terrorismo, el Tribunal de conformidad con lo dispuesto por los artículos cincuentisiete de la Ley número veintitrés mil trescientos ochenticinco y ciento trece y ciento catorce del Código de Procedimientos Civiles no dará curso alguno al citado recurso en tanto los interesados no hagan la designación del domicilio.

Se vio y votó conforme a Ley.

Lo que certifico:

Gabriela Guillén Fernández.

Secretaria-Relator del Tribunal de Garantías Constitucionales.

Expediente 003-83-I/TGC

Proceso de inconstitucionalidad interpuesto por Reynaldo B. Naupay. El Tribunal declaró sin lugar la solicitud presentada.

Fecha de emisión: 8 de febrero de 1983

Resumen: El Tribunal declaró sin lugar la solicitud presentada, pues lo solicitado no se correspondía con los supuestos constitucionales previstos.

Temas clave: Requisitos de la demanda de inconstitucionalidad — sin lugar solicitud presentada.

61

TRIBUNAL DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

EXP. No. 003-83-1
REYNALDO B. NAUPAY GAVILAN

SS.
EGUREN BRESANI
VARGAS VARGAS
SILVA SALGADO
CORSO MASÍAS
PELÁEZ BAZÁN
RODRÍGUEZ MANTILLA
RODRÍGUEZ DOMINGUEZ

SOLICITUD
ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD

RESOLUCIÓN

8 de Febrero de 1983

DECLARARON sin lugar la solicitud presentada por don Reynaldo B. Naupay Gavilán, teniendo en cuenta que la competencia del Tribunal de Garantías Constitucionales se circunscribe a los casos taxativamente determinados en el art. 298 de la Constitución Política, dispositivo legal que lo contempla el que es materia del presente escrito.

Expediente 001-84-I/TGC

Proceso de inconstitucionalidad interpuesto por 60 diputados, contra el artículo 49 de la Ley 23339, Ley de Corporaciones Departamentales. El Tribunal falló declarando infundada la demanda y, en consecuencia, constitucional la ley cuestionada.

Fecha de emisión: 29 de mayo de 1984

Resumen: En el presente caso se planteó una demanda de inconstitucionalidad, interpuesta por sesenta diputados, contra el artículo 49 de la Ley 23339, Ley de Corporaciones Departamentales. El Tribunal de Garantías falló declarando infundada la demanda. En la sentencia consideró que, al momento que entró en vigencia la Constitución de 1979, los constituyentes tuvieron presente la noción de que no se podía restablecer la cuestionada ley; sin embargo, su voluntad fue la subsistencia de las leyes originarias.

63

El voto de los magistrados Silva Salgado y Basombrio Porras señaló que declarar inconstitucional la Ley 23339 significaba dejar al país sin organismo alguno de descentralización contra la expresa voluntad de la Décima Disposición Transitoria, en la que precisamente pretendía apoyarse la demanda de inconstitucionalidad, y suprimir toda fuente de experiencia nacional aprovechable. Requería que, antes, el Congreso se haya pronunciado sobre el Plan Nacional de Regionalización presentado por el Poder Ejecutivo para los efectos señalados por la Disposición General y Transitoria Novena de la Constitución vigente en esa época.

Los magistrados citados manifestaron, en su voto singular, que en el debate en el Senado del proyecto de ley sustitutorio de los proyectos del Ejecutivo, se entendió restrictivamente por “Gobierno Constitucional” al Poder Ejecutivo, y se restableció “las Corporaciones y Juntas Departamentales de Desarrollo en los Departamentos en que existieron, de acuerdo con sus respectivas leyes de creación y las rentas a ellas asignadas”; y a partir de esta base normativa se creó en los departamentos tales juntas y corporaciones y se constituyó una Comisión integrada por el Ministro de Economía, Finanzas y Comercio, el del Interior, el de Justicia y el de Trabajo para su implementación.

Esta comisión tuvo por objeto proponer las normas necesarias para la adecuación de la organización interna y de las rentas de los organismos, con lo cual también el Consejo de Ministros reconoció la necesidad de modificar las leyes referidas y adecuarlas a la realidad política, económica y social, así como a las disposiciones de la Constitución de 1979 y su modelo de Estado, “unitario, representativo y descentralizado”, conforme lo puntualizó su artículo 79; cuyo artículo 3 del citado Decreto Supremo fue dejado sin efecto por el artículo 49 de la Ley 23339, porque los propósitos atribuidos a la Comisión Ministerial habían sido satisfechos por el articulado restante de la citada ley.

Refirieron los citados magistrados que la Asamblea Constituyente de 1978 concibió una regionalización que implicaba autonomía administrativa, económica, política y legislativa. Sin embargo, mientras se efectivizaba ese régimen regional, solo se intentó restablecer las leyes creadoras de las Juntas de Obras Públicas y las Corporaciones Departamentales de Desarrollo.

Afirmaron los magistrados que si en caso se aplicara en forma literal y aislada del contexto constitucional la Disposición Transitoria Décima, habría que concluir en la inconstitucionalidad de la ley; pero si se “atiende a las mejores enseñanzas y doctrinas actuales sobre los métodos de interpretación”, esto es, se consideraba cuál fue la voluntad del Constituyente y la finalidad de la citada Disposición Transitoria, así como a la inviabilidad de las leyes creadoras de las Juntas de Obras Públicas y Corporaciones Departamentales de Desarrollo y al contenido constitucional de la Ley 23339, entonces, la conclusión tenía que ser que la demanda era infundada.

64

Por los argumentos expuestos, el voto de los magistrados mencionados fue porque se declare infundada la demanda de inconstitucionalidad de la Ley 23339, de Corporaciones Departamentales de Desarrollo, y, en consecuencia, que, esta ley no infringía la Constitución.

El voto del magistrado Alfredo Corso Masías señaló que la Ley 23339 era incompatible con lo dispuesto en la Décima Disposición Transitoria y con lo establecido en el Decreto Supremo 049-81-PCM, en lo relativo a sus Directivos, naturaleza de la organización, régimen económico y funciones. Por ello, su voto fue porque se declare la inconstitucionalidad de la Ley 23339, Ley de Corporaciones.

El voto del magistrado Osvaldo Rodríguez Mantilla expresó que el Congreso estaba facultado para dar, modificar o derogar leyes lo cual no es incompatible con la Décima Disposición General y Transitoria. Asimismo, la Ley 23339 impugnada, era jurídica y formalmente constitucional. El magistrado efectuó un juicio de razonabilidad, aplicabilidad y congruencia, pasando la ley óptimamente todos ellos. Además, no

existió, según el magistrado, norma constitucional alguna que contuviese mandato que obligue a la vigencia imperiosa de las Leyes de Creación de las Corporaciones y Juntas Departamentales de Desarrollo. Por ello, el voto del magistrado fue en contra de la demanda de inconstitucionalidad, respecto de la Ley 23339.

El voto del magistrado Aguirre Roca señaló que no hay incompatibilidad entre la Décima Disposición Transitoria de la Constitución y el artículo 49 de la Ley 23339. Expresó que, el articulado destinado a regir a nuevas Corporaciones no era, ni siquiera para los actores, inconstitucional; no había artículos inconstitucionales en la Ley 23339, fuera del artículo 49, para los mismos actores o demandantes.

Asimismo, señaló que al momento de creación de la cuestionada ley, no hubo indicios de que se debiese de resucitar *in integrum* la llamada “Ley de creación”. No se tenía, expresa, de parte del Constituyente, la intención de sacralizar la “Ley de creación”, ni mucho menos de “arrebatar al Poder Legislativo su atribución de crear, modificar, interpretar o derogar leyes”. Por estos fundamentos fue que el magistrado concluyó declarar infundada la demanda de inconstitucionalidad de la Ley 23339 por incompatibilidad entre el artículo 49 de la Ley 23339 y la Décima Disposición Transitoria de la Constitución de 1979.

65

El voto del magistrado Luis Osoreo Villacorta fue a favor que se declare infundada la demanda de inconstitucionalidad presentada en contra de la Ley 23339. Según los votos en oposición, cuando se debatió la ley en el Congreso, se manifestaba que era inconstitucional en tanto modificaba la estructura orgánica de las Corporaciones, lo cual consideraban inalterable puesto que pertenecía a la esencia de la descentralización establecida por la Constitución. Según el magistrado, la intervención del poder central en el régimen determinado para las regiones no interfería y sí, más bien, coordinaba y garantizaba el régimen descentralista que establecía.

Asimismo, la participación de funcionarios administrativos encargados de los servicios públicos departamentales concordó con el lógico propósito de que cooperasen en la preparación de los planes departamentales y nacionales de desarrollo, para la debida concertación de la acción descentralista, esto se debía contemplar en el Plan Nacional de Desarrollo. Concluyó el magistrado que la demanda de inconstitucionalidad debía de declararse infundada.

Temas clave: Corporaciones departamentales — descentralización — juntas de desarrollo — planes departamentales y nacionales de desarrollo — regionalización.

TRIBUNAL DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

CASO: ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA LA LEY 23339

SENTENCIA

En Arequipa, a los veintinueve días del mes de mayo de mil novecientos ochenticuatro, reunido el Pleno Jurisdiccional del Tribunal de Garantías Constitucionales, con asistencia de los magistrados señores:

Eguren Bresani, Presidente;
Curso Masías, Vicepresidente;
Silva Salgado;
Rodríguez Mantilla;
Aguirre Roca;
Basombrío Porras; y

Osores Villacorta; no interviene el señor Peláez Bazán por haber sido aceptada por la Sala su excusa por tener impedimento para conocer de ésta causa; actuando como Secretaria la doctora Gabriela Guillen Fernández, oídos los informes orales de los abogados y apoderados de las partes, doctores Rene Núñez del Prado por los demandantes, y Valentín Paniagua Corazao, por el demandado, y habiendo el Tribunal deliberado en privado desde el dos de abril de mil novecientos ochenticuatro hasta la fecha, pronuncia la **Sentencia** siguiente, en mayoría, estando los Magistrados que la suscriben de acuerdo en la parte resolutive que declara infundada la demanda de inconstitucionalidad, fundamentando sus votos, conjuntamente los señores Silva Salgado y Basombrío Porras y separadamente, los señores Rodríguez Mantilla, Aguirre Roca y Osores Villacorta, los mismos que corren agregados a los principales.

66

ASUNTO:

Con fecha diez de diciembre de mil novecientos-ochentitres, sesenta diputados, con sus firmas debidamente certificadas, interponen acción de inconstitucionalidad contra la Ley número veintitres mil trescientos treintinueve o Ley de Corporaciones Departamentales de Desarrollo; fundamentan su demanda en que, de la confrontación entre la Décima Disposición General y Transitoria de la Constitución Política, que manda que el Gobierno Constitucional restablezca, a partir de mil novecientos ochentiuno, la vigencia de las Corporaciones o Juntas Departamentales de Desarrollo “de acuerdo con sus respectivas leyes de creación”, vía Ley número veintitres mil trescientos treintinueve, que fija el régimen a que se someterán esos organismos y deroga,

en su artículo cuarentinueve, las “leyes de creación” citadas, se desprende que la Ley en referencia infringe y contraviene la disposición constitucional indicada.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL:

Que del contenido de la demanda se infiere, claramente, que se solicita se declare la inconstitucionalidad de la Ley numero veintitrés mil trescientos treintinueve de Corporaciones Públicas, porque el artículo cuarentinueve de la citada disposición legal infringe y contraviene la Décima Disposición General y Transitoria de la Constitución Política; que, en esta virtud, al Tribunal solo le corresponde examinar si el artículo cuarentinueve de la expresada ley es inconstitucional o no; que las leyes que crearon las Juntas Departamentales de Obras Públicas del Callao, de Lambayeque, de Huancavelica, de la Convención y de Puno; las Corporaciones Departamentales de Cusco, Puno, Ica, Moquegua, La Libertad, Ayacucho, Piura, Lambayeque, Pasco, Apurímac, Cajamarca, Arequipa y Madre de Dios, y el Fondo Nacional de Desarrollo Económico, no podían restablecerse, a la letra, ni en su contenido exacto, en la fecha en que la Constitución Política entró en vigencia: en unos casos, por haberse cumplido los fines específicos de su creación, en otros, por carencia de la infraestructura necesaria y, en su mayor parte, por la imposibilidad de organizarse y funcionar, según las reglas que se dictaron entonces, especialmente para la constitución de su personal directivo y para la provisión de su fondos; que de las actas que recogen los debates efectuados en las Cámaras Legislativas con motivo de la inclusión, en la Carta Política, de la Décima Disposición Transitoria, se advierte que los Constituyentes no desconocieron tal situación y, por tanto, que tuvieron consciencia de la necesidad de adecuar dichas leyes a las situaciones jurídicas y de orden administrativo existentes; que esto se hizo evidente que la mayoría de los Constituyentes que, con posterioridad, ingresaron a Constituyentes no desconocieron tal situación y, por tanto, que tuvieron consciencia de la necesidad de adecuar dichas leyes a las situaciones jurídicas y de orden administrativo existentes; que esto se hizo evidente porque la mayoría de los Constituyentes que, con posterioridad, ingresaron a formar parte de las Cámaras Legislativas, emitieron su voto para la aprobación de la Ley de Corporaciones, cuya inconstitucionalidad se demanda: y contribuye a formar criterio, además, el hecho de que la demanda se ha interpuesto casi dos años después de la publicación de la Ley; que así también lo entendió el Poder Ejecutivo porque, al dictar el Decreto Supremo de cuatro de diciembre de mil novecientos ochentinueve, que restableció las Corporaciones y Juntas Departamentales de Desarrollo en cumplimiento de lo dispuesto por la Carta Política, constituyó una Comisión integrada por los Ministerios de Economía, Finanzas y Comercio, del Interior, de Justicia y de Trabajo, con el “objeto de proponer las normas necesarias para la adecuación de

la organización interna y de las rentas de los organismos a quo se refieren los artículos anteriores ; que es innegable que esta adecuación implicaba la modificación, en parte, de las referidas leyes, a fin de ponerlas en consonancia con la realidad jurídica, política y social del país: que, en esta virtud, se requería la dación de una Ley General que contemplase todos los casos que pudiesen presentarse; que de las discusiones promovidas en el Cuerpo Legislativo con motivo de dictarse la Ley número veintitrés mil trescientos treintinueve, de Corporaciones Departamentales de Desarrollo, se infiere, sin lugar a duda, que los Parlamentarios que intervinieron en su aprobación tuvieron, como finalidad fundamental, la de revivir las leyes originarias de las juntas de Obras Públicas y Corporaciones Departamentales, haciéndolas extensivas a los lugares de la República que no se beneficiaban con ellas, bajo un nombre genérico de Corporaciones Departamentales de Desarrollo, adecuándolas a la realidad existente en la Nación, y agrupándolas, por las razones antes, expuestas, en una sola disposición legal que no desnaturalizara sus fines principales, como son: el desarrollo integral de los departamentos y una progresiva movilización hacia la descentralización, en tanto se produjese la Regionalización del País que contempla la Carta Política; que del examen comparativo de las leyes de creación citadas y de la ley de Corporaciones número veintitrés mil trescientos treintinueve, resulta que esta última responde, más que las primeras, a la declaración constitucional de que el Estado es “unitario, representativo y descentralizado; que, en consecuencia, el artículo cuarentinueve de la Ley veintitrés mil trescientos treintinueve debe interpretarse según la voluntad del legislador, voluntad que resulta de todo su contexto y que no es otra que la adecuación de las leyes de creación de las Juntas y Corporaciones Departamentales a la realidad presente; que, de otro lado, la voluntad del Constituyente que emerge de la Carta Política es la subsistencia de las leyes originarias, pero adecuadas al ordenamiento legal vigente, voluntad que ha sido respetado por el Legislador al aprobar la Ley de Corporaciones citadas; Que la doctrina es conforme en sostener que la ley se presume constitucional; que la duda hace aplicable a dicho criterio y que la declaración de inconstitucionalidad no es procedente si en el contexto de la Ley impugnada se respeta la intención constituyente. Por estas razones el Tribunal de Garantías Constitucionales, a nombre de la Nación: **FALLA**, declarando infundada la acción de inconstitucionalidad interpuesta por sesenta Señores Diputados, contra el artículo cuarentinueve de la Ley número veintitrés mil trescientos treintinueve, de quince de diciembre de mil novecientos ochentiuno y, asimismo, infundada la demanda en cuanto se solicita la inconstitucionalidad de la ley veintitrés mil trescientos treintinueve en mérito de que se estima que su artículo cuarentinueve es inconstitucional. Hágase saber; publíquese y archívese.

EGUREN BRESANI
RODRÍGUEZ MANTILLA
BASOMBRÍO PORRAS
SILVA SALGADO
AGUIRRE ROCA
OSORES VILLACORTA

Lo que certifico:

Gabriela Guillén Fernández.
Secretaria-Relator del Tribunal de Garantías Constitucionales.

CASO: ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

LEY 23339

LAS CONSIDERACIONES DEL VOTO DE LOS MAGISTRADOS DOCTORES SILVA SALGADO Y BASOMBRIO PORRAS EN LA ACCIÓN SOBRE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY NÚMERO VEINTITRÉS MIL TRESCIENTOS TREINTINUEVE

ANTECEDENTES:

La demanda de inconstitucionalidad de la ley veintitrés mil trescientos treintinueve, de Corporaciones Departamentales de Desarrollo, interpuesta por sesentidós diputados con fecha diez de diciembre de mil novecientos ochentitrés, invocando los artículos doscientos noventiocho, inciso primero, doscientos noventinueve, inciso cuarto, de la Constitución Política, y los artículos diecinueve, veinte, veintidós, veinticuatro, veinticinco, veintiséis, veintiocho, veintinueve y demás pertinentes de la Ley veintitrés mil trescientos ochenticinco, Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales, pretende que este Tribunal declare inconstitucional por cuanto, se afirma, infringe y contraviene la Décima Disposición General y Transitoria de la Constitución Política. Sostienen que una ley no puede derogar leyes cuya vigencia es obligatoria por mandato de la Constitución en tanto no se produzca la condición extintiva de esa vigencia que la propia Constitución señala. Que, en el caso, las leyes de creación de las Corporaciones y Juntas Departamentales de Desarrollo tienen vigencia imperiosa por mandato constitucional hasta que se produzca la regionalización del Perú, que es su condición extintiva aun no producida.

70

Por consiguiente, al derogar, su artículo cuarentinueve, las leyes creadoras de las Corporaciones y Juntas de Desarrollo y atribuirse, además, el mandato constitucional que a ellas corresponde, infringe la Constitución.

Admitida la demanda y corrido traslado de ella al Congreso, fue absuelto el trámite por intermedio de su apoderado, en el sentido de que el Tribunal, en su momento, se sirva declarar que la ley veintitrés mil trescientos treintinueve, conforme consta de su contenido, es constitucional. Después de exponer extensamente el proceso de formación de la ley impugnada, sostiene que:

“La Ley veintitrés mil trescientos treintinueve se ajusta a los requerimientos de la realidad y permite la materialización de la voluntad del Constituyente”.

“La extensa argumentación y la reseña del proceso de formación de la Ley de-

muestran su constitucionalidad. Revelan que el Congreso se esforzó por recoger fielmente **la voluntad del Constituyente**. Prueban, desde luego, **la virtud y la fuerza de la realidad** que se sobrepone inevitablemente a cualquier desempeño ilusorio que la pierde de vista. Pero, asimismo, ponen en evidencia, un hecho en que el Juez Constitucional debe reparar: la coincidencia del Congreso, es decir, de **todos los sectores políticos** que lo componen en algunas **posiciones fundamentales** que revelan **unidad de criterio en la interpretación de la Décima Disposición** Transitoria. Sus discrepancias no rozan el tema Constitucional y reflejan más bien, sus explicables diferencias por consideraciones o intereses políticos. Tales coincidencias son:

PRIMERA.- Todos los sectores políticos del Congreso admitieron la imposibilidad jurídica y práctica de interpretar literal y gramaticalmente la Décima Disposición Constitucional y, por ende, de restablecer las Juntas y Corporaciones con arreglo a sus leyes de creación.

SEGUNDA.- Todos los partidos políticos sin excepción postularon la necesidad de una Ley General que modernizara y adecuara las disposiciones de las leyes originales a los requerimientos de la realidad actual.

TERCERA.- Todos, asimismo, propugnaron un régimen uniforme para la regularización de las Juntas y Corporaciones a restablecerse y a crearse independientemente del previsto en las leyes originales. (La excepción, expresada en el Artículo 1 sustitutoria del APRA, confirma este criterio en la medida en que sólo hacía la excepción con la “estructura orgánica” prevista en las leyes originales).

CUARTA.- Todos sin excepción por fin, admitieron expresa o implícitamente la derogatoria parcial o total de las leyes de creación de las Juntas y Corporaciones Departamentales de Desarrollo.

QUINTA.- Las coincidencias anotadas prueban la razonabilidad y la justicia de la ley; es decir, su estricta sujeción a los requerimientos de la realidad y su idoneidad para dar cumplimiento a la voluntad del Constituyente y a la aspiración descentralista de los pueblos del Perú.

SEXTA.- Las discrepancias que enfrentaron polémicamente a los grandes partidos políticos no hacían relación con la **FORMA** o el **CRITERIO** de interpretación de la Décima Disposición Transitoria sino con el **CONTENIDO** específico de la Ley-y, más concreta mente, con la “estructura orgánica” de las Corporaciones que no es materia sujeta a reserva constitucional.

SEPTIMA.- La Ley 23339 es constitucional no solo porque refleja, con absoluta fidelidad, el propósito esencial del Constituyente y porque recoge las necesarias innovaciones que la evolución política y administrativa del país exigían sino porque expresa la única forma razonable de interpretar, construyendo, una norma Constitucional cuya aplicación ad pedem literae sólo habría creado graves perturbaciones sin aportar la solución que el constituyente anhelaba como fórmula transitoria en el camino hacia la regionalización.

OCTAVA.- La supuesta inconstitucionalidad de la Ley General de Corporaciones por la interpretación del Poder Ejecutivo en la designación del Presidente de la Corporación queda desmentida no sólo por el rol puramente representativa de tal función sino, de modo especial, por el hecho de que el restablecimiento de las leyes originales habría conducido inevitablemente, en la mayoría de las juntas y Corporaciones, a una situación análoga.

NOVENA.- La vigencia de la Ley 23339, finalmente ha probado a lo largo de dos años la eficacia de las Corporaciones como instrumento adecuado para la promoción del desarrollo local y como cauce razonable y apropiado para la participación de la Comunidad local en la decisión de su destino y en el autogobierno departamental sin generar innecesarios conflictos con los órganos locales o centrales de gobierno, gracias a la autonomía que posee respecto de unos y otros, en el cumplimiento de su rol descentralizador”.

“La Ley 23339 es pues expresión de una cabal, justa y razonable interpretación de la voluntad del constituyente. Ha creado un régimen de descentralización que supera largamente las experiencias del pasado. En efecto:

- a) Define nítidamente su **finalidad** y hace acento en el desarrollo de los **sectores estratégicos** de cada Departamento a fin de permitir que el desarrollo integral sea fruto, sobre todo, del aprovechamiento racional de los recursos locales que es el único camino para crear la verdadera base de la autonomía económica, sin la cual la regionalización resultara ilusoria;
- b) Establece, con igual transparencia, **objetivos** que, alejándose de todo formalismo técnico o político, implican **quehaceres específicos ineludibles** en el esfuerzo de construcción de las bases del crecimiento económico. Surgen de tales objetivos **compromisos concretos de la Corporación** con preocupaciones y necesidades típicamente locales tales como el aprovechamiento de los recursos naturales disponibles hasta su procesamiento en la propia zona, el desarrollo rural integral, la promoción de la pequeña empresa, la actividad artesanal e industrial, la prestación de los servicios de infraestructura básica,

naturalmente, hasta el fomento de la recreación y el turismo o la conservación del patrimonio histórico y cultural de la región, que son pre-requisitos mínimos para la **elevación de la** calidad de vida del hombre del interior del país.

- c) Sanciona no sólo las **acciones prioritarias** de responsabilidad de la Corporación con lo que establece una suerte de orden del día permanente en los quehaceres institucionales sino que, en coherencia con aquellas, le acuerda **las facultades**: legales necesarias de modo que sus acciones, racionalmente concebidas, puedan y deban cumplirse con los recursos disponibles.
- d) Establece una **estructura orgánica** en que dé racional participación en el autogobierno local no sólo a quienes, como los Alcaldes Provinciales, representan **al vecindario de sus circunscripciones**, no únicamente a quienes encabezan las más significativas instituciones privada locales (aunque no en todos los casos reflejen sino los intereses de la capital del Departamento lo que, en el pasado contribuyó a crear el centralismo departamentalista) sino también, a los funcionarios que dirigen las re-particiones públicas en el Departamento”.

“El balance, así establecido en la Asamblea y el Directorio, permite que todos cuantos tienen responsabilidad en el quehacer local (los Municipios las instituciones privadas las instituciones públicas locales) participen activa y cordialmente **en el diseño y en la ejecución** del autogobierno local.

73

“Más todavía. Los Consejos de Desarrollo cumplen un rol fundamental y hacen posible la participación, casi celular, de la comunidad departamental. A ellos corresponde planificar, evaluar y contra las acciones de desarrollo. Previstos en los niveles Provincial, Distrital y comunal colaboran con las Municipalidades de cada circunscripción y hacen posible que ellas se conviertan, en el nivel respectivo, en auténticos voceros de las necesidades locales. Su integración sobre base y presidencia Municipal asegura la necesaria coordinación con el gobierno local.

- e) Establece un **régimen económico** que, dentro de las limitaciones que hoy vive la República, permiten a estos organismos el cumplimiento de su rol. Les corresponde no menos de 6% del total de los ingresos permanentes del Tesoro (recursos que se distribuyen, entre los Departamentos, en la forma prevista en el Artículo 2632 de la Constitución), además decía que les corresponde por virtud del artículo 1219 de la Constitución”.

Se acompaña al alegato del Congreso las actas de sesiones de la Comisión Principal y de la Asamblea de la Constituyente de 1978 referentes a la Décima Disposición

General y Transitoria; del Diario de los Debates del Senado referentes a las discusión y aprobación de la Ley de Corporaciones Departamentales de Desarrollo número veintitrés mil trescientos treintinueve; de los Proyectos de Ley de las mismas Corporaciones remitido por el Ejecutivo al Senado con fecha diez de noviembre de mil novecientos ochenta y presentado por la Cédula Parlamentaria Aprista al mismo cuerpo legislativo con fecha quince de octubre de mil novecientos ochenta; de los dictámenes de la Comisión de Corporaciones Departamentales de Desarrollo del Senado recaídos en los proyectos presentados, en mayoría, de dos de diciembre de mil novecientos ochenta, con el proyecto sustitutorio de la misma y las observaciones de los señores Ricardo Napuri Schapiro y Julio Biondi, y del conjunto, en mayoría de las Comisiones de Planificación y de Descentralización, Gobierno Locales y Regionales de la Cámara de Diputados, de doce de noviembre de 1981; en minoría del diputado Manuel Dammert Ego, Aguirre, de veinticuatro de noviembre de mil novecientos ochentiuno; conjunto en minoría de las mismas Comisiones, de veintitrés de noviembre de mil novecientos ochentiuno; fotocopias certificadas de las intervenciones de los diputados señores Townsend y Larco Cox en las sesiones de siete y nueve de diciembre de mil novecientos ochentiuno; y los sustitutorios del artículo primero del Proyecto presenta dos por los señores Manuel Arce Zagaceta, Pedro Alfredo Arris Sáenz y Valentín Paniagua Corazao; Luis Percovich Roca, Frida Osorio de Ricaldt y Raúl Meza Gamarra y del señor Guillermo Larco Cox, de nueve de diciembre de mil novecientos ochentiuno.

Oídos los informes orales de los abogados y apoderados de las partes, doctores René Nuñez del Prado, por los demandantes, y Valentín Paniagua Corazao, por el demandado, y habiendo el Tribunal deliberado en privado desde el dos de abril de mil novecientos ochenticuatro hasta la fecha las consideraciones del voto de los suscritos Magistrados es en el sentido siguiente:

CONSIDERANDO:

La demanda se ha interpuesto a los veintitrés meses de vigencia de la ley veintitrés mil trescientos treintinueve, como si todo su contenido fuera inconstitucional y sólo al final se refiere concretamente a su artículo cuarentinueve, en cuanto deroga las leyes de creación de las Corporaciones y Juntas Departamentales de Desarrollo, sin precisar cuáles son éstas ni cuáles son su organización y régimen administrativo, sus fines y atribuciones, sus bienes y rentas, ni examinar si su puesta en vigencia entraba en colisión con disposiciones constitucionales y legales ahora vigentes. No impugna el proceso de formación de la ley veintitrés mil trescientos treintinueve, esto es, su aprobación, promulgación o publicación, por lo que la acción ejercitada es la referida en el

inciso primero del artículo vigésimo de la ley veintitrés mil trescientos ochenticinco, invocando para el efecto la Disposición General y Transitoria Décima de la Constitución y, más concretamente hablando, su primer párrafo, que manda restablecer la vigencia de las Corporaciones y Juntas con sus leyes de creación a partir de mil novecientos ochentiuno, en tanto se organizan las regiones a que se refieren la Disposición Transitoria Novena y los artículos doscientos cincuentinueve a doscientos sesentiocho de la Carta Fundamental. El Tribunal ha recopilado y examinado detalladamente las leyes creadoras de las Juntas y Corporaciones Departamentales, que son la **once mil ocho**, de veintinueve de Abril de mil novecientos cuarentinueve, del Callao; la **once mil quinientos cuarentiuno**, de dieciocho de diciembre de mil novecientos cincuenta, de Lambayeque; la **once mil quinientos cuarentidós**, de la misma fecha, de Huancavelica; la **once mil seiscientos veintinueve**, de nueve de octubre de mil novecientos cincuentiuno, de la Convención; la **once mil novecientos ocho**, de once de setiembre de mil novecientos cincuentidós, de Puno, todas ellas creadoras de Juntas Departamentales de Obras Públicas. Crearon Corporaciones la número **doce mil ochocientos**, de nueve de febrero de mil novecientos cincuentisiete -de Reconstrucción y Fomento de Cusco; la **trece mil setecientos setentiocho**, de veinte de diciembre de mil novecientos sesentiuno de Fomento y Promoción Social y Económica de Puno; la **catorce mil cuatrocientos ochenticinco**, de dieciséis de mayor de mil novecientos sesentitrés de Reconstrucción y Desarrollo de Ica; la **catorce mil seiscientos setentiséis**, de diecisiete de octubre de mil novecientos sesentitrés de Rehabilitación y Desarrollo Económico de Moquegua, de quince mil setecientos noventicuatro, de quince de diciembre de mil novecientos sesenticinco de Fomento Económico y Social de La Libertad; la **dieciséis mil setentiséis**, de cuatro de marzo de mil novecientos sesentiséis, Fomento y Desarrollo Económico y Social de Ayacucho; la **dieciséis mil doscientos cinco**, de doce de julio de mil novecientos sesentiséis de Fomento y Desarrollo Económico y Social del Departamento de Lambayeque, que sucede a la anterior Junta de Obras Públicas creada por la ley once mil quinientos cuarentiuno; la **dieciséis mil doscientos veintisiete**, de ocho de setiembre de mil novecientos sesentiséis de Desarrollo Económico y Social del Departamento de Piura; la **dieciséis mil trescientos cincuenta**, de quince de diciembre de mil novecientos sesentiséis de Fomento y Desarrollo Económico del Departamento de Pasco; la **dieciséis mil seiscientos setenta**, de veintiuno de julio de mil novecientos sesentisiete; de Corporación Desarrollo Económico y Social del Departamento de Apurímac, la **diecisiete mil uno**, de quince de mayo de mil novecientos sesentiocho de Fomento y Desarrollo Económico y Social del Departamento de Cajamarca, que sucedió a la Junta Departamental de Obras Publicas de la ley once mil seiscientos veintitrés. La Junta de Rehabilitación de Desarrollo de Arequipa, fue creada por ley doce mil novecientos setentidós de once de marzo de mil novecientos cincuentiocho, por plazo de veinte años vencidos en mil

novecientos setentiocho, y la de Rehabilitación y Desarrollo Económico de Madre de Dios, por la número **trece mil cuatrocientos dos**, de veinticuatro de febrero de mil novecientos sesenta; y el Fondo Nacional de Desarrollo Económico, cuyo objeto era “constituir e invertir sistemáticamente los recursos necesarios para el estudio y ejecución de obras publicas de carácter reproductivo y las de interés social en el territorio de cada uno de los departamentos de la República”, por ley doce mil doscientos setentiséis. Algunas de las Juntas debieron su creación a circunstancias, como la necesidad del saneamiento del Callao, o a desastres naturales, como los sismos del Cusco de mil novecientos cincuenta, que originó la ley once mil quinientos cincuentiuno, y de Arequipa de quince de enero de mil novecientos cincuentiocho, que determinó la ley doce mil novecientos setentidós, o la inundación de Puerto Maldonado, que causó la ley trece mil cuatrocientos dos; o la sequía de Puno a la ley trece mil setecientos setentiocho. Sus fines principales fueron diversos: el saneamiento del Callao y la construcción de viviendas para empleados y obreros; construcción de los caminos y obras públicas que indica la ley once mil seiscientos veintinueve, para la Convención; reconstrucción de la ciudad capital del Cusco, restauración de sus monumentos arqueológicos, históricos y artísticos, construcción de obras públicas, fomento de turismo y la industria, según la ley doce mil ochocientos; reconstrucción de la ciudad de Arequipa, promoción de las actividades agrícolas, industriales, mineras y comerciales, desarrollo de programas de vivienda, urbanismo y servicios públicos según la ley doce mil novecientos setentidós: auxilio para los damnificados por la inundación de Puerto Maldonado y plan de desarrollo de acuerdo con la ley del Fondo Nacional de Desarrollo Económico para la ley trece mil cuatrocientos dos; reforma agraria programas de colonización de las zonas de selva y ceja de selva, desarrollo de la artesanía, favorecer el establecimiento de industrias de transformación de materias primas, cooperativismo, mejoramiento de las comunidades y parcialidades campesinas en Puno, para la ley trece mil setecientos setentiocho; reconstrucción de la ciudad de lea y recuperación social y económica del departamento, para la catorce mil cuatrocientos ochenticinco; aumento de las áreas de cultivo y mejoramiento del riego, obras de saneamiento, urbanismo, y vialidad en Moquegua, para la ley catorce mil seiscientos setentiséis; programa de obras públicas en Junín, preferentemente en Huancayo, para la ley catorce mil setecientos. La organización de las Juntas y Corporaciones difiere notoriamente de una a otra: la del Callao, la preside su Alcalde y la integran ocho miembros, entre los que se cuentan el entonces Agente Fiscal, un delegado del Ministerio de Fomento y un obrero designado por el entonces Ministerio de Justicia y Trabajo, dentro de ternas presentadas por las más importantes sociedades obreras del Puerto; la de Huancavelica la preside el Alcalde de la capital del departamento y la integran siete miembros entre los que están el Obispo, el Fiscal de la Corte Superior, el Ingeniero Residente, el Médico Departamental; la del Cusco, cuyo Directorio se integraba por dos representantes

del Presidente de la República, uno como Presidente y el otro como Vicepresidente y otros tres miembros que serían un ingeniero elegido por el Concejo Provincial del Cusco , un experto en asuntos comerciales, económicos y financieros elegido por la Cámara de Comercio y un agrónomo, por la Sociedad Agropecuaria del Departamento, con derecho de veto ejercido por el Gobierno por intermedio de uno de sus representantes; bajo un Consejo de Control y Vigilancia presidido por el Fiscal en lo Administrativo de la Corte Superior y siete miembros designados por la Universidad, la Beneficencia, el Colegio de Abogados, la Sociedad de Ingenieros, Asociación de Comercio e Industrias, la Sociedad Mutua de Empleados y la Federación de Trabajadores, según la ley doce mil ochocientos; la de Arequipa, presidida por un representante del Presidente de la República, ; cuatro personas designadas por el Poder Ejecutivo, expertas en economía y finanzas, vivienda y urbanismo, agricultura y ganadería y salud pública y otras diez personas designadas por instituciones locales, según la ley doce mil novecientos setentidós, que le señaló el plazo de veinte años, que vencieron en marzo de mil novecientos setentiocho; la de Madre de Dios, presidida por un representante del Presidente de la República e integrada por nueve miembros designados por los Concejos Provinciales -tres- el Banco Agrario, el Vicariato Apostólico, el Ingeniero Jefe del Servicio Regional de Agricultura, la Cámara de Comercio y un vecino notable y un agricultor elegidos por los demás miembros de la Junta, según la ley trece mil cuatrocientos dos. La de Puno tenía tres organismos de dirección y administración: la Asamblea, integrada por treintisiete miembros divididos en cinco Comités y estaba presidida por un representante del Presidente de la República, seis delegados técnicos designados por organizaciones nacionales como el Instituto de Reforma Agraria y Colonización, la Asociación de Ingenieros Agrónomos del Perú, el Instituto Indigenista Peruano, el Colegio de Economistas del Perú, la Asociación de Ingenieros Civiles del Perú, la Federación de Cooperativas del Perú y la Universidad Técnica del Altiplano; otros siete, que eran los jefes de los Servicios Departamentales de Fomento, Agricultura, Educación, Salud y Guerra y un delegado de las Sociedades de Beneficencia y la Universidad; nueve delegados de los Concejos Provinciales del Departamento, siete delegados de la Producción y siete de los Profesionales. El Directorio, presidido por el representante del Presidente de la República e integrado por seis miembros elegidos por la Asamblea; y, finalmente, la Gerencia, como órgano ejecutor. La Corporación de lea se administraba por un Directorio presidido por un representante del Poder Ejecutivo y dieciocho miembros delegados de las Sociedades de Beneficencia y la Universidad; nueve delegados de los Concejos Provinciales del Departamento, siete delegados de la Producción y siete de los Profesionales. El Directorio, presidido por el representante del Presidente de la República e integrado por seis miembros elegidos por la Asamblea; y, finalmente, la Gerencia, como órgano ejecutor. La Corporación de lea se administraba por un Directorio presidido por un representante del

Poder Ejecutivo y dieciocho miembros designados por cada una de las Asociaciones de Agricultores de lea, Pisco, Chincha y Nazca, delegados de cada Concejo Provincial, de la Corte Superior, del Fondo Nacional de Desarrollo Económico, de la actividad industrial del Departamento, del Colegio de abogados, Asociaciones de Ingenieros y de Médicos de lea, de la Asociación de Empleados y de la Unión Sindical de Obreros de lea, según la ley catorce mil cuatrocientos ochenticinco. La de Moquegua lo era por un Directorio de seis miembros presidido por un representante del Poder Ejecutivo; la de La Libertad lo estaba por un Consejo de veinticuatro delegados presidido por el Alcalde de Trujillo e integrado por los de los Ministerios de Fomento y Salud Pública, de cada Concejo Provincial, de la Universidad, de la Cámara de Comercio, de los Colegios de Abogados, de Contadores Públicos, de Economistas, de Ingenieros y de las Profesiones Médicas de La Libertad, la Federación de Empleados Particulares, la Unión Sindical de Trabajadores, los trabajadores azucareros, los campesinos y los trabajadores mineros, a propuesta de sus respectivas Federaciones Regionales, del Comité Especial de Jequetepeque creado por la ley quince mil ciento treintitrés y la Asociación de Agricultores y Ganaderos del Valle de Jequetepeque —ley quince mil novecientos setenticuatro—. La de Ayacucho estaba dirigida y administrada por un Consejo de Delegados presidido por el Fiscal de la Corte Superior; la de Lambayeque —ley dieciséis mil doscientos cinco— por un Consejo Funcional de Delegados presidido por el Alcalde de Chiclayo y la de Piura —ley dieciséis mil doscientos veintisiete— por un Consejo de Delegados presidido por uno elegido entre sus miembros.

En cuanto a los bienes y rentas atribuidos a las Juntas y Corporaciones, estaban constituidos, generalmente, por un derecho adicional que variaba del cero punto veinticinco por ciento al uno por ciento ad valorem de las importaciones —y en algún caso, también de las exportaciones— que se efectuasen por los puertos del departamento o de la República; un impuesto adicional constituido por un porcentaje ad valorem del precio de lana de auquénidos y ovejas y de una suma determinada —hasta cinco soles— por cabeza de ganado vacuno y hasta dos soles por cabeza de ganado ovino que salieran de algunos departamentos de Sierra; parte del producto de la contribución predial rústica en ciertos departamentos; cincuenta centavos y diez centavos sobre la cajetilla de cigarrillos de fabricación extranjera y nacional, respectivamente; hasta el cinco por ciento del precio de venta de cada arroba de coca o de quintal de té, café, cacao y maní, o de azúcar y melaza de caña producidos en el departamento —como en los casos de Junín y la Libertad— o de la provincia de La Convención; las sumas —hasta de cinco millones de soles— que se consignaron para algunas Juntas en el Presupuesto del Gobierno Central; el rendimiento tributario que produjese la mayor producción de hierro de la Marcona Mining Company sobre las bases de producción y valor que señalaba la ley, Para la de lea; el impuesto adicional del veinte por ciento

sobre los derechos de importación a las maquinarias, implementos y materiales que se introdujesen por los puertos del departamento para la industria petrolífera y el mayor rendimiento de los impuestos al petróleo y sus derivados, hasta el tope de treinta millones de soles, por año, en el caso de Piura; y algunos bienes —como los terrenos eriazos que se ganasen para el cultivo, como en el caso de Ayacucho— y rentas de menor significación además de las creadas por la ley doce mil seiscientos setentiséis para el Fondo Nacional de Desarrollo Económico, como las provenientes de leyes especiales que ordenaban la ejecución de obras públicas, del impuesto Pro-Desocupados —leyes siete mil ciento tres, siete mil quinientos cuarenta, once mil doscientos cuarentitres y once mil ochocientos treintitres—, los saldos de las cuentas de depósitos judiciales a favor de terceros no reclamados dentro de los tres años y otras.

Se advierte fácilmente que el restablecimiento de las Juntas y Corporaciones de acuerdo con sus leyes de creación contravendrían disposiciones de la Constitución vigente, como la incompatibilidad de los miembros del Ministerio Público y del Poder Judicial con toda otra actividad pública o privada, salvo la docencia universitaria, prescrita por sus artículos doscientos cincuentiuno, parte pertinente, y doscientos cuarentitres; la desaparición de instituciones como el Ministerio de Fomento, el Instituto de Reforma Agraria y Colonización, el Instituto Indigenista del Perú, el Fondo Nacional de Desarrollo Económico, dejaban incompletas las Asambleas o Directorios que sus delegados integraban; y, sobre todo, la imposibilidad de devolverles algunas de sus principales rentas, tales como los impuestos ad valorem a la importancia y exportación, en razón de lo convenido en el Pacto de Cartagena y lo dispuesto en el artículo ciento uno de la Constitución, o la insignificancia de otras, como los impuestos adicionales a los cigarrillos, a la coca, al ganado, a la lana. Por esto dijo, con mucha razón, el Senador Priolé, en la sesión del Senado de seis de mayo de mil novecientos ochentiuño, al discutirse el proyecto de ley de Corporaciones: “De acuerdo con la Décima Disposición Transitoria, las Corporaciones han debido entrar en funciones de inmediato, de acuerdo con las leyes que les dieron origen y con las rentas que tuvieron. Dispositivo que hay que considerarlo en su espíritu, es decir que se restablezcan las Corporaciones y que funcionen como organismos descentralizados. En cuanto a que su aplicación esté exactamente de acuerdo con la organización y las rentas que tuvieron, resulta en la práctica imposible. ¿Por qué? Porque ha transcurrido mucho tiempo; muchas rentas de entonces ya no tienen significación. Otras han sido centralizadas por el Gobierno, etc.; de manera que la reproducción exacta es muy difícil. Al mismo tiempo, las leyes que les dieron origen también son variadas y heterogéneas. Por eso conviene tener una sola y gran Ley de Bases que norme la existencia de las Corporaciones que van a restablecerse y de las nuevas. Corporaciones que tendrían que organizarse donde no las hubo, que son como trece Departamentos de la República. “Esta concepción

fue general en el Senado; y en Diputados, el señor Townsend Ezcurra, en la sesión vespertina del siete de diciembre de mil novecientos ochentiuno, dijo: “Mi temor, para decirlo en muy pocas palabras, es que de insistir en la posibilidad de dictar una ley de corporaciones semejante o con ligeras variantes a la que nos ha sido presentada por las Comisiones, estemos incurriendo en clara y abierta .violación constitucional y nuestra democracia todavía no está tan recia ni podrá estar nunca, como para resistir que se trasgredan los principios constitucionales”.

El diputado señor Larco Cox, en la sesión matinal del nueve de diciembre de mil novecientos ochentiuno de su Cámara, adopto una posición íter media al concluir: “Por eso que queríamos nosotros que; esta ley recoja todos los avances, incorpore las rentas, incorpore el régimen laboral y sistema de control modernizados y sea una ley que ampliando las facultades concedidas en las leyes de origen, las actualice, las modernice, pero no varíe un ápice de la estructura orgánica, por cuanto ella es la expresión de una realidad concreta de cada departamento”. El sustitutorio del artículo primero presento decía en su parte final: “Los objetivos, finalidad, facultades, régimen económico, régimen laboral y Sistema de Control de la presente ley, ampliarán los correspondientes contenidos en las respectivas leyes originales. La estructura orgánica se mantendrá inalterable fie acuerdo a cada ley original, debiendo regir la contenida en la presente ley, única y exclusivamente para las nuevas Corporaciones”.

80

Los temores de los diputados señores Townsend Ezcurra y Larco Cox derivaban de una aplicación literal de la Disposición Transitoria Décima de la Constitución. Al respecto ha escrito Enneccerus: “En los derechos primitivos, especialmente en el romano antiguo, lo decisivo es el sentido literal. El pueblo, aún no acostumbrado a la abstracción y sobre todo en un anhelo hacia la seguridad jurídica, se detiene en lo exterior, en la palabra sensible que ofrece la máxima seguridad”.

“La evolución jurídica progresiva supera esta concepción. En el derecho romano, a partir de la formación del jusgentium y especialmente al través de la jurisprudencia desarrollada, instaura su imperio el principio de la inter prefación de la voluntad” (Tratado de Derecho Civil, tomo I, vol. primero, parágrafo cuarentinueve, página doscientos tres).

De la voluntad del legislador, si el texto legal es reciente; de la voluntad de la ley, si su vigencia ya es antigua. El profesor español y Presidente que fue del Tribunal Supremo José Castán Tobeñas, lo enseña transcribiendo a Cogliolo; “el interprete debe dar un espíritu nuevo a la ley vieja y cuando la letra del Código no sea abiertamente contraria... es lícita sustituir aquello que el legislador quería cuando hizo la ley por aquello que debería querer hoy si legislase al presente... La interpretación de las leyes —con-

siderada la ley como una voluntad viva y conforme al estado social del momento, no en que la ley fue hecha, sino en que debe aplicarse— viene a ser una especie de creación legal en los límites constitucionales tolerados y la indagación de mens legis debe hacerse, no tanto en los recuerdos históricos del legislador cuanto en las necesidades actuales de la sociedad” (J. Castán Tobeñas, “Teoría de la aplicación e investigación del Derecho”, página ciento ocho). El mismo profesor español escribe más adelante (página doscientos treintidos): “... el legislador estatuye para el porvenir y con vista a las finalidades de armonía social que son características del derecho. Pues bien: si esto es así, no puede suponerse que sea voluntad del legislador dictar fórmulas cerradas, que inmovilicen el Derecho y le priven de elasticidad. Por el contrario, hay que suponer que todo legislador es consciente de las finalidades del Derecho y quiere que sus reglas se adapten en una cierta medida las circunstancias de cada momento y a los hechos de cada caso particular. En consecuencia mientras el texto mismo de la ley o el pensamiento indudable que la haya inspirado no impongan soluciones restrictivas, el intérprete, haciendo uso del principio de libertad de interpretación, podrá utilizar cuantas posibilidades y medios le ofrece la técnica propia y muy amplia de esta operación, y entre ellos había de tener en cuenta los elementos históricos, teleológicos y de hecho, e incluso los sistemáticos, que exigirán tomar en consideración las circunstancias y las necesidades sociales, no menos que las concepciones jurídicas dominantes en el momento de que se trate”. Y cita después (página doscientos treintisiete) la sentencia del Tribunal Supremo de España de veintisiete de junio de mil novecientos cuarentiuno: “No es recomendable en caso alguno encerrar la interpretación dentro de los límites estrechos del elemento literal, sin contemplar y controlar sus resultados mediante el empleo de los demás elementos, racionales, históricos y sistemáticos, que han de poner en claro el verdadero espíritu y alcance de la norma”. Y concluye (página doscientos cuarenta): “Parece indudable - que el más destacado y fundamental resorte de la interpretación racional es el elemento teleológico, derivado del fin de la ley. Toda disposición de Derecho es siempre medio para lograr un fin y, por consiguiente, ha de ser interpretada dándole el significado que exija su cualidad de medio utilizable para la consecución del fin perseguido, o, lo que es igual, atribuyéndole el sentido que mejor responda a la realización del resultado que se quiere obtener. El motivo o razón y el fin de la norma, indisolublemente unidos a este respecto, constituyen la ratio legis, de que viene hablando la doctrina clásica y moderna, y que no ha de confundirse con la occasio legis que solo significa la circunstancia histórica que determinó la formulación del precepto legal y que tiene importancia muy secundaria en orden a la función interpretativa”.

Karl Larenz, Profesor Ordinario (Jubilado) de la Facultad de Derecho de la Universidad de Munich, escribe: “La “racionalidad” de la ley la entienden los autores

mencionados (Windscheid, Binding, Wach, Kohler) no sólo en su sentido formal, como la conexión lógica de conceptos, sino a la vez en su sentido material, como la racionalidad de los fines, es decir: como teleología inmanente. Quien con mayor claridad expresó esto fue Kohler, La unidad interna del orden jurídico se basa en la vigencia de principios jurídicos generales, que él entiende como máximas de orden, no, por ejemplo, como síntesis abstracto-conceptuales. La interpretación ha de “re-elaborar” la ley, de modo que los principios en ella contenidos salgan a luz y así la disposición legal individual se manifieste como la “ramificación de un principio, con aquella cualificación y posición funcional que, de conformidad con este principio, le corresponde”. Pero no siempre el principio determinante ha hallado en la ley una “expresión plena y clara”. Entonces la tarea de la interpretación no es como opinaba Windscheid, poner en vigor la voluntad “auténtica” del legislador frente a la expresada en la ley, sino “alejarse de la expresión legal la inevitable oscuridad”; es decir, por tanto, desarrollar según sus principios la ley defectuosa o incompleta en sí. Además, la interpretación ha de orientarse a la “aspiración al fin” de la ley. Para conocerla, el jurista tiene, por un lado, que “investigar las situaciones sociales” a las que la ley debía proveer; y de otro lado, tiene que examinar “cuál es, según la idea del momento, el remedio mejor y más satisfactorio”. Entre varias interpretaciones posibles según el tenor literal, el jurista tiene que elegir la en este sentido, “más adecuada al fin”. Kohler califica expresamente este procedimiento de “teleológico”. También Wach exige que la ley “ha de interpretarse del modo que mejor responda a su fin cognoscible y a los postulados de la justicia”. Finalmente, Binding menciona como “medios de interpretación”, al lado del sentido literal, el “momento explicativo”, “momento de la conexión con otras normas jurídicas” y el “momento del fin.” Este último haría también el caso en triple forma, a saber: como el fin de una norma, como el fin de un instituto jurídico y como el fin de un grupo de normas jurídicas”. (Karl Larenz, *Metodología de la ciencia de Derecho*, traducción de Marcelino Rodríguez Molinero, Editorial Ariel, Barcelona-Caracas-Méjico, mil novecientos ochenta, páginas cincuenticuatro-cincuenticinco).

De otro lado, las consecuencias de la declaración de inconstitucionalidad erga omnes de una ley afecta seriamente al ordenamiento y la seguridad jurídicas de un pueblo. La trascendencia de tal declaración que de exceder las previsiones más acuciosas del órgano judicial que la pronuncia. De aquí que la presunción de constitucionalidad sea la regia y que la inconstitucionalidad sólo se declare cuando no quepa duda alguna al respecto. Es lo que expresaba James Bryce: “Es muy corriente que los jueces se inclinen siempre en favor de la validez de una ley de la legislatura. Si no es absolutamente cierto que una ley sea inconstitucional, se deciden en favor de la ley; si la cuestión se ha dejado a la discreción de la legislatura, se considera que la legislatura obró cuer-

damente; si el sentido de una ley es dudosa se adopta el sentido de que esta en armonía con la Constitución y se declara aceptable”. (Bryce J. “El gobierno de los Estados Unidos en la República Norteamericana”. Citado por Carlos Sánchez Viamonte, en su monografía titulada “Garantías Constitucionales”, en Enciclopedia Jurídica Omeba, tomo décimo tercero, página sesenta).

En el caso, de declarar inconstitucional la ley veintitrés mil trescientos treintinueve sin que el Congreso se haya pronunciado aún sobre el Plan Nacional de Regionalización presentado por el Poder Ejecutivo para los efectos señalados por la Disposición General y Transitoria Novena de la Constitución y extinguidos los Organismos Regionales y Comités de Desarrollo creados por el Gobierno de facto, significaría dejar al país sin organismo alguno de descentralización contra la expresa voluntad de la Décima Disposición Transitoria en que, precisamente, pretende apoyarse la demanda de inconstitucionalidad de la ley citada y suprimir toda fuente de experiencia nacional aprovechable cuando se instalaran los gobiernos regionales, así como sin titular del pedido de creación de regiones a que se refiere el artículo sesenta de la Constitución.

Cuando se encontraba en debate en el Senado el proyecto de ley sustitutorio de los proyectos del Ejecutivo, la Célula Parlamentaria Aprista y otros, se publicó el Decreto Supremo número cuarentinueve-ochentiuno-PCM de cuatro de diciembre de mil novecientos ochentiuno que entendiendo restrictivamente por “Gobierno Constitucional” al Poder Ejecutivo, restableció “las Corporaciones y Juntas Departamentales de Desarrollo en los Departamentos en que existieron, de acuerdo con sus respectivas leyes de creación y las rentas a ellas asignadas”; las creó en los departamentos que no las tenían y constituyó una Comisión integrada por el Ministro de Economía, Finanzas y Comercio, el del Interior, el de Justicia y el de Trabajo, con el “objeto de proponer las normas necesarias para la adecuación de la organización interna y de las rentas de los organismos a que se refieren los artículos anteriores”, con lo cual también el Consejo de Ministros reconocía la necesidad de modificar las leyes referidas y adecuarlas a la realidad política, económica y social, así como a las disposiciones de la nueva Constitución y su modelo de Estado, “unitario, representativo y descentralizado”, conforme lo puntualiza su artículo setentinueve; cuyo artículo tercero del citado Decreto Supremo fue dejado sin efecto por el artículo cuarentinueve de la ley veintitrés mil trescientos treintinueve, porque los propósitos atribuidos a la Comisión Ministerial habían sido satisfechos por el restante articulado de esa ley.

La Asamblea Constituyente de mil novecientos setentiocho concibió una regionalización que implica no solamente autonomía administrativa y económica, sino, también, política y legislativa, delegada, según lo dispuesto en el inciso tercero del artículo

doscientos sesenticinco de la Constitución, dentro de los límites señalados en sus artículos doscientos sesentiseis y doscientos sesentisiete. En tanto se alcanzaba ese régimen regional, el Constituyente quiso que se restablecieran organismos descentralizados que preparasen al país para el establecimiento de las regiones, sirviendo de “puente” entre la desconcentración establecida por el Gobierno de Facto y la regionalización diseñada por la Constitución. Pero este propósito no podía ser cumplido por las leyes creadoras de las Juntas de Obras Publicas y las Corporaciones Departamentales de Desarrollo, como se ha evidenciado en las consideraciones precedentes. De otro lado, la sentencia de este Tribunal no puede fundarse en consideraciones relativas a posibles mejores disposiciones de las que contiene la ley impugnada, pues ello implicaría invadir atribuciones específicas del Congreso según el artículo ciento ochentiséis, inciso primero, de la Constitución. En la demanda se pide que este Tribunal declare la inconstitucionalidad de la ley veintitrés mil trescientos treintinueve, por lo que la sentencia tiene que limitarse a declarar si efectivamente es inconstitucional o no, vale decir si la demanda es fundada, o infundada. Si se aplicara en forma literal y aislada del contexto constitucional, la Disposición Transitoria Décima habría que concluir en la inconstitucionalidad de la ley; pero si se atiende a las mejores enseñanzas y doctrinas actuales sobre los métodos de interpretación, esto es, se considera cuál es la voluntad del Constituyente y la finalidad de la citada Disposición Transitoria, así como a la inviabilidad de las leyes creadoras de las Juntas de Obras Publicas y Corporaciones Departamentales de Desarrollo y al contenido constitucional de la ley veintitrés mil trescientos treintinueve, la conclusión tiene que ser que la demanda es infundada. Por estas consideraciones nuestro voto es porque se declare infundada la demanda de inconstitucionalidad de la ley veintitrés mil trescientos treintinueve, de Corporaciones Departamentales de Desarrollo y en consecuencia que esta ley no se encuentra comprendida en el inciso primero del artículo vigésimo de la ley veintitrés mil trescientos ochenticinco por no infringir la Constitución.

Fecha la misma.

Lo que certifico:

Gabriela Guillén Fernández.

Secretaria-Relator del Tribunal de Garantías Constitucionales.

CASO: ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

LEY 23339

**VOTO SINGULAR DEL SEÑOR MAGISTRADO ALFREDO CORSO
MASIAS**

CONSIDERANDO: que la ley veintitrés mil trescientos treintinueve de las Corporaciones de fecha quince de diciembre de mil novecientos ochentiuno, es incompatible con lo dispuesto en la Décima Disposición Transitoria y con lo establecido en el Decreto Supremo número cero cuarentinueve-ochentiuno-PCM de fecha cuatro de diciembre de mil novecientos ochentiuno, en lo relacionado con sus Directivos, naturaleza de su organización, régimen económico y funciones: **MI VOTO** es por que se declare la Inconstitucionalidad de la Ley numero veintitrés mil trescientos treintinueve, Ley de Corporaciones.

Fecha la misma.

DR. ALFREDO CORSO MASÍAS.

Lo que certifico:

Gabriela Guillén Fernández.

Secretaria-Relator del Tribunal de Garantías Constitucionales.

CASO: ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

LEY 23339

LOS FUNDAMENTOS DEL VOTO DEL DOCTOR OSWALDO RODRIGUEZ MANTILLA, POR QUE SE DECLARE INFUNDADA LA DEMANDA, POR LAS SIGUIENTES CONSIDERACIONES

CONSIDERANDO:

1.- La Demanda:

La demanda de inconstitucionalidad respecto de la Ley 23339, se basa en que no pueden derogarse leyes cuya vigencia es obligatoria por mandato de la Constitución, en tanto no se produzca la condición extintiva de esa vigencia y que las leyes de creación de las Corporaciones y Juntas Departamentales de Desarrollo, tienen vigencia imperiosa conforme a la Constitución.

La demanda suscrita por 62 Diputados, se formula el 10 de diciembre de 1983, esto es, a los 23 meses de estar vigente la Ley 23339 y es por su contenido imprecisa; pues al impugnar la Ley referida, lo hace de manera general; como si toda la Ley impugnada infringiera o contraviniera la Constitución. Sólo en su parte final se refiere concretamente al Art. 49° de la Ley No. 23339, en cuanto dicha disposición deroga las Leyes de creación de las Corporaciones y Juntas Departamentales de Desarrollo.

La acción de inconstitucionalidad plantea da, sólo impugna el contenido de la Ley y se abstiene totalmente de impugnación alguna a su proceso de formación.

2.- La Décima Disposición Transitoria:

La Décima Disposición Transitoria de la Constitución en su primer párrafo, al referirse al restablecimiento de las Corporaciones de acuerdo a las leyes de creación; **no se refiere, como no podía referir se, a la vigencia indefinida de dichas leyes**, una vez restablecidas las corporaciones; tanto más, si estas por ser leyes ordinarias no gozan de ningún privilegio especial, para no ser modificadas o derogadas por el órgano competente.

3.- El restablecimiento de las leyes originales:

El Decreto Supremo número cero cuarentinueve-ochentiuno-PCM, de cuatro de diciembre de mil novecientos ochentiuno, restableció las Corporaciones y Juntas Departamentales de Desarrollo y al restablecerlos en cumplimiento del mandato constitucional, lo hace de conformidad con sus respectivas Leyes de Creación como específi-

camente lo puntualiza la parte considerativa del citado Decreto Supremo; aún cuando ello implicó poner en vigencia, leyes que normaron la vida y funcionamiento de instituciones que nacieron en diferentes épocas y atendiendo a diferentes fines; leyes que fueron respuestas específicas a hechos específicos y que en mil novecientos ochentiuno devenían obsoletas, en razón de la evolución de nuestro sistema político y social, y de nuestra propia realidad económica.

Las leyes de creación de las Corporaciones o Juntas Departamentales de Desarrollo, eran diferentes y heterogéneas, ya que unas como la del Callao, se dictó para sanear la ciudad, dotarlo por completo de agua, desagüe y pavimentación, y para construir supletoriamente capara empleados y obreros, así como dotar al primer puerto de parques y campos deportivos; las de Cusco y Arequipa se dictaron para reparar los daños sufridos por algunas ciudades como consecuencia de los sismos de 21 de mayo de 1950 y 15 de enero de 19 58 y sus objetivos fueron la reconstrucción de las ciudades y la rehabilitación social y económica de la población; la de Madre de Dios se dictó con el fin de lograr la rehabilitación económica y social del departamento, el mismo que había quedado devastado por las grandes inundaciones de 1963; la de Puno se da como consecuencia de la depresión económica que sufría dicho departamento debido a la prolongada sequía de los años 1960 y 1961, por eso su finalidad fue el desarrollo y fomento social y económico del altiplano con programas de educación y reforma agraria; la de lea nace para rehabilitar la. ciudad que sufrió grandes daños materiales por inundaciones de marzo de 1963; las de La Libertad, Cajamarca y Piura, para no citar más, nacen por la necesidad de lograr el desarrollo económico y social de dichos departamentos, con miras a la integración nacional.

87

Si dichas Corporaciones o Juntas Departamentales de Desarrollo tuvieron diferentes orígenes y objetivos, las rentas de que se les dotó eran así mismo distintas, y las instituciones que lo integraban han dejado a 1981 de tener vigencia como las Corporaciones de Vivienda, Juntas Pro Desocupados, Fondo de Desarrollo Económico, etc. e igualmente sus organismos directivos diferían una de otras en su composición y número y lo que es más algunas como la del Callao era integrada por el Agente Fiscal y la de lea por un delegado de la Corte Superior de Justicia, a quienes sus actuales leyes orgánicas les prohíbe integrar organismos ajenos a sus funciones.

Finalmente, las leyes de creación analizadas, ninguna de ellas tenía por objeto los fines descentralistas concebidos por la Constitución vigente, que percibió restablecer las Corporaciones y Juntas Departamentales de Desarrollo, como medio de llegar a la descentralización administrativa del país. Por eso las leyes de creación a 1981 devinieron obsoletas y estaban por su propia configuración imposibilitadas para cumplir los fines para los que fueron dictadas.

El mandato constitucional que contiene la Décima Disposición Transitoria de la Constitución, se cumplió, al darse el Decreto Supremo número cero cuarentinueve-ochentiuno-PCM, de tal suerte que la Ley número veintitrés mil trescientos treintinueve que entró en vigencia el dos de enero de mil novecientos ochentidós, de conformidad con la prescripción contenida en el artículo cuarentinueve de la Ley que se impugna.

Si durante el lapso que transcurre entre el cuatro de diciembre de mil novecientos ochentiuno y el dos de enero de mil novecientos ochentidós, las Corporaciones y Juntas Departamentales de Desarrollo se rigieron por sus leyes originales, de conformidad con el mandato constitucional; tales leyes origina les quedaron derogadas en cumplimiento de lo que dispone el artículo cuarentinueve de la Ley número veintitres mil trescientos treintinueve; sin que con ello se haya infringido o contrapuesto el mandato Constitucional que contiene la Décima Disposición Transitoria, en razón de que una Ley se deroga con otra Ley, como lo prescribe el artículo primero del Título Preliminar del Código Civil.

4.- La Ley veintitrés mil trescientos treintinueve:

La Ley 23339 llamada: “Ley de Corporaciones Departamentales”, unifica la organización, funciones, objetivos y finalidades de las Corporaciones Departamentales, como expresamente lo dice en su artículo primero, el mismo que conjuntamente con el resto de su articulado, no contiene norma alguna, ni en el fondo, ni por la forma que contravenga la Constitución.

88

De las actas de sesiones del Congreso que se tienen a la vista, aparece que para darse la Ley veintitrés mil trescientos treintinueve, los diferentes sectores y partidos políticos estaban de acuerdo en dictar una nueva Ley de Corporaciones que unificará sus objetivos, fines y organización, como medio de llegar a la regionalización y los diferentes proyectos presentados ninguno sostuvo la supervivencia de las leyes originarias; lo que conlleva a la conclusión que al dictarse la nueva ley, era anhelo de los legisladores contar con un instrumento legal indiscutible constitucionalmente.

5.- La Constitucionalidad de la Ley veintitres mil trescientos treintinueve:

Para que una Ley sea inconstitucional, debe infringir o contraponer la Constitución en la forma, o en el fondo; situación que no se dá a través de los cuarentinueve artículos que contiene la Ley número veintitrés mil trescientos treintinueve; tanto más, que la Ley impugnada fué discutida, aprobada, promulgada y publicada en la forma que la Constitución prescribe; esto es, que no cae dentro de las disposiciones que contiene el

artículo veinte de la Ley número veintitrés mil trescientos ochenticinco, o sea que no se contraviene la Constitución, ni por la forma, ni en el fondo.

Lo que la Ley busca como principio de razón encaminado al bien común, es que sus normas no contravengan la Constitución; por eso trata de **conjuguar las realidades sociales —siempre cambiantes en el tiempo y en el espacio—, con la propia realidad histórica y su evolución económica y social**; ya que la Ley establece reglas para el futuro, por cuanto siempre rige para lo venidero.

Doctrinariamente, la inconstitucionalidad de la Ley se produce, cuando ésta, falta al principio universal de **SUPRA**, según el cual ninguna norma inferior (leyes) pueden sobrepasar la norma superior - (Constitución).

¿Pero cuándo la ley sobrepasa o contra viene la Constitución? Conteniendo la Constitución rumbos a seguir, programas que realizar, propósitos que cumplir y metas que lograr en la orientación suprema del ejercicio del poder; las leyes no deben faltar a los siguientes principios rectores:

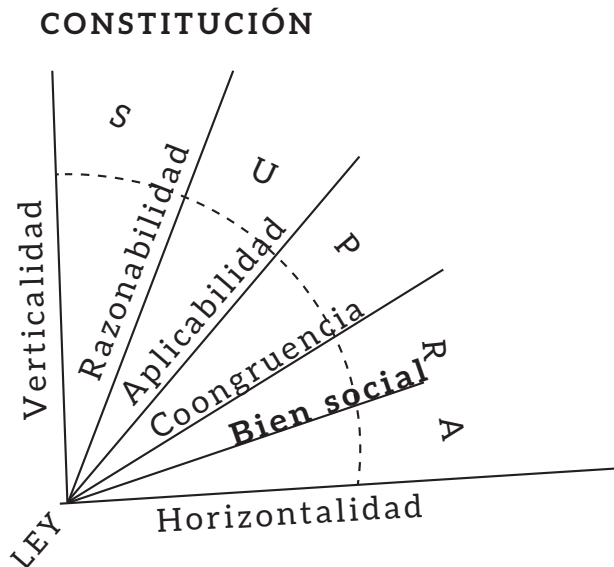
- a) La Ley debe **respetar rígidamente** el principio de **SUPRA**, a través del cual se asegura la **compatibilidad vertical**, dentro de un ordenamiento jurídico determinado. Conforme a dicha doctrina, las normas inferiores deben adecuarse jurídicamente, en su contenido y alcances a las normas superiores. La Ley 23339, materia de la impugnación a través de sus 49 artículos analizados en ninguno de ellos contraviene las normas constitucionales, muy por el contrario, dictada en 1981 cumple los alcances y espíritu de la nueva Constitución, que nos rige desde julio de 1980 y al dejar de lado leyes obsoletas, hace compatibles sus normas con las normas constitucionales y gracias a su operatividad cumple la finalidad que la Constitución quiere, esto es, llegar a la regionalización a través de las Corporaciones Departamentales.
- b) La Ley 23339, cumple el principio jurídico de la **razonabilidad**, según el cual, las leyes deben ser medios adecuados (razonables) a los fines establecidos en la Constitución. Para llegar a la verdadera regionalización, debía buscarse un medio transitorio y esto solamente fue viable, restableciendo las Corporaciones y Juntas Departamentales de Desarrollo; pero restableciendo estas, con sus leyes de creación como quería el mandato constitucional; dotarlos de una ley general que unificara sus objetivos, finalidades, organización y rentas; para que así se pudiera alcanzar los propios fines y objetivos de la descentralización contenidos en la Constitución del Estado.

- c) La Ley 23339 conlleva dentro de su texto, el principio de la **aplicabilidad**, según el cual la ley se adecúa al momento político y social que ve el pueblo, esto es el Poder Constituyente; las leyes originarias de creación de las Corporaciones y Juntas - Departamentales de Desarrollo, no respondan a este - principio jurídico, por cuanto la ley debe siempre adecuarse a la evolución económica y social, siempre cambiantes en todos los pueblos, como resultado de su progreso y evolución.
- d) Finalmente la Ley 23339, es **congruente**, ya que al normar el funcionamiento, objetivos, finalidades y atribuciones de las Corporaciones Departamentales, lo hace sin que dichas disposiciones contraién leyes vigentes sobre la misma materia y los mismos propósitos, por eso tuvo necesidad de derogar las leyes de creación.

La coordenada jurídica que se inserta, permite apreciar la compatibilidad vertical (ordenada) y la compatibilidad horizontal (abcisa) a las que indudablemente se someten todas las leyes? pero dentro del ángulo formado deben comprenderse los principios de la razonabilidad, aplicabilidad y congruencia; principios que si son debidamente observados v respetados al darse las leyes, reflejan su subordinación a las normas constitucionales y hacen, que la voz del legislador concretada en la Ley; respete la voz del pueblo o poder constituyente contenida en la Constitución.

6.- La Potestad del Congreso:

La Disposición Transitoria de la Constitución, sólo exige que al restablecerse las Corporaciones y Juntas Departamentales de Desarrollo, se haga de conformidad con sus



Leyes originales; más no con - tiene mandato alguno, para tales leyes originales no puedan ser modificadas o derogadas por el Congreso; pues si tal supuesto ocurriera, se estaría recortando al Congreso la facultad que le concede el inciso primero del artículo ciento ochentiséis de la constitución del Estado; lo que devendría en absurdo jurídico al tratar de privar al Poder Legislativo de la más excelsa de sus facultades, cual es, dar, interpretar modificar o derogar leyes. El Congreso al cumplir tan excelsa función, cumple el mandato constitucional y busca que la Ley inspirándose en el texto constitucional, sirva al fin que la **Ley de Leyes persigue**; cuidándose para ello de no transgredir sus limitaciones.

El Poder Legislativo, al dar la Ley 23339, lo hace en cumplimiento de la facultad de que está investido y respetando la supremacía de la Constitución; es decir, la relación de supra y subordinación, en que se encuentran las normas, dentro de todo ordenamiento jurídico determinado.

Al darse la referida Ley, que dejó atrás las Leyes originarias de creación de las Corporaciones y Juntas Departamentales de Desarrollo, se buscó que éstas, restablecidas, se rigieran por la Ley General; ya que eran por su contenido y fines disimiles y heterogéneas, por haber sido dadas en distintas épocas y para solucionar situaciones diferentes, tanto en el medio donde debió aplicarse, como en las épocas en que se dieron; pues las instituciones son los aparatos a través de los cuales se ejerce el poder en una sociedad organizada como Estado.

91

El control de la Constitución, encargado al Tribunal de Garantías Constitucionales, lo convierte en un poder, con facultades para desautorizar a los poderes políticos ordinarios, cuando éstos en sus actos constitucionales, violan las normas de la Carta Magna; ya que el derecho existe, bajo la condición de que sus prescripciones, se impongan en forma tal que no origine violación de la supremacía constitucional; y al darse la Ley 23339, no se ha sobrepasado en ninguna de sus disposiciones las normas constitucionales, en cuya virtud, no cabe anularla.

No conteniendo la Constitución, norma que prohibía al Congreso dar, modificar o derogar leyes; ni menos pretende 'tal imposible jurídico, la Décima Disposición General y Transitoria; la Ley 23339 impugnada, es jurídica y formalmente constitucional; por cuanto sus disposiciones no son incompatibles con ella; ni menos norma constitucional alguna contiene **mandato que obligue a la vigencia imperiosa de las Leyes de Creación** de las Corporaciones y Juntas Departamentales de Desarrollo.

Por estas consideraciones, mi voto es porque la demanda de inconstitucionalidad respecto de la Ley No. 23339 es **infundada** y la citada Ley es **CONSTITUCIONAL**.

Fecha la misma.

Lo que certifico:

Gabriela Guillén Fernández.

Secretaria-Relator del Tribunal de Garantías Constitucionales.

CASO: ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

LEY 23339

CONSIDERACIONES DEL VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR AGUIRRE ROCA EN LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY NÚMERO VEINTITRÉS MIL TRESCIENTOS TREINTINUEVE

Mi voto, en el caso de la demanda de la inconstitucionalidad —por razón de su artículo 49°— de la Ley 23339, es porque se declare infundada la acción, pues no encuentro incompatibilidad entre dicho numeral y la Décima Disposición Transitoria de la Constitución. Las razones fluyen del siguiente análisis:

- 1.- La demanda pretende que se declare inconstitucional la Ley 23339, pero solo por una razón: porque, a juicio de sus autores, su artículo 49° viola, al derogar la llamadas “leyes de creación” de las Corporaciones o Juntas de Obras Públicas, y sólo en esa medida, la Décima Disposición Transitoria de la Constitución vigente. Precizando: se sostiene que una parte del artículo 49° infringe dicha norma constitucional. No existe en la demanda, ningún otro fundamento, ni de hecho ni de derecho, ni explícito ni implícito, para pretender que, de conformidad con el artículo 19°, inciso 1°, de la Ley 23385, se declare que la citada Ley 23339 incurre en vicio de inconstitucionalidad. Consecuentemente, si el único fundamento esgrimido careciera de sustento, el Tribunal de Garantías Constitucionales tendría que declarar infundada la demanda, ya que la sentencia, según es sabido, debe resolver los puntos controvertidos y sólo los puntos controvertidos, según expreso e insoslayable mandato de los artículos 1074 y afines del Código de Procedimientos Civiles, que es ley supletoria de este Tribunal, e, implícita, pero muy claramente, según los numerales 20°, 38° y 40° de la Ley Orgánica de este Tribunal, el último de los cuales sólo permite extender la declaración de inconstitucionalidad por “conexión y consecuencia”, lo que significa, **contrario sensu**, que no se permite la extensión de la declaración sino por dicha razón; razón que, dicho sea de paso, no se da en el caso.
- 2.- Algunos miembros de este Tribunal, cierto es, estiman que la demanda pretende la declaración de inconstitucionalidad de toda la Ley 23339 y que, por ende, en la sentencia que se emita se debe declarar, sea que nada hay en la Ley 23339 que sea inconstitucional, sea, en su defecto, que la demanda sí es fundada. No comparto dicha opinión, pues, a mi juicio, ni en la letra ni en el contexto, ni en el espíritu de la demanda —y ello, para repetir, ni en forma expresa ni en forma tácita— se cuestionan todos los artículos de la Ley 23339, que es la única ma-

nera de cuestionar a toda la ley, pues la ley está integrada, en su totalidad, por las partes que la conforman, es decir, por sus artículos. Antes bien, cuando en la demanda se ataca, con perfecta precisión, una parte del artículo 49° de la Ley 23339, es decir, la parte que deroga las llamadas “leyes de creación”, en forma tácita, pero evidente, se dejan a salvo —necesaria e indiscutiblemente— todos los artículos de la misma que no tengan por objeto la derogatoria de dichas leyes, o sea, todos, absolutamente todos los demás artículos. En efecto, todos los artículos de la Ley 23339 se proponen regir a todas las Corporaciones, es decir, a las que se regían por las llamadas “leyes de creación” —que resultan derogadas— y a las que no existían, es decir, a las creadas por ella misma. Por consiguiente, si no se ataca el régimen dispuesto para las nuevas Corporaciones, es evidente que no se encuentran vicios de inconstitucionalidad en los artículos destinados a regir a estas nuevas Corporaciones, es decir —repetiendo— que no se encuentra estigma de inconstitucionalidad en ningún artículo —excepción hecha del 49°— pues todos los artículos —salvo aquél— están destinados a regir tanto a las viejas Corporaciones —sustituyendo, entonces, a las “leyes de creación”— como a las nuevas. Si, pues, para decirlo de otro modo y con perdón de la insistencia, el articulado destinado a regir a nuevas Corporaciones —que es todo el articulado, excepción hecha del numeral 49°— no es, para los actores, inconstitucional, no hay artículos inconstitucionales en la Ley 23339, fuera del artículo 49°, para los mismos actores o demandantes.

- 3.- ¿Por qué se dice, entonces, en una parte de la demanda, a secas e **in abstracto**, que lo atacado es la Ley 23339, y no se aclara, expresamente, que lo impugnado es sólo una parte de ella? La razón fluye de su texto: porque la Ley 23385, en su artículo 19°, que es el que sirve de fundamento procesal a la demanda, no menciona el derecho de pedir la inconstitucionalidad de un artículo, de una parte o de unos artículos de una ley, sino que consagra el derecho de solicitar, simplemente, a secas e **in abstracto**, la declaración de inconstitucionalidad de: a), los decretos legislativos (y no de una parte de ellos); b), las normas regionales de carácter general (y no de una parte de ellas); c), las ordenanzas municipales (y no de una parte de ellas); y d), las leyes (también a secas e **in abstracto**, y no de una parte de ellas). La razón es, pues, simplemente gramatical o, si se quiere, “ritual”. Pero las cosas se aclaran luego. En efecto, como los artículos 20°, 38°, 40° y concordantes de la misma Ley 23385, discriminan entre artículos o partes de normas constitucionales e inconstitucionales, y establecen los límites, contenidos y alcances de las sentencias, los demandantes, al fundamentar su acción, se vieron precisados a concretar el sustento de su reclamo —lo que, por lo demás, concuerda con las exigencias de los artículos 306°, 307° y complementarias del

Código de Procedimientos Civiles, que, como se sabe, deben ser respetados por este Tribunal— y, entonces, con tanta claridad como hidalgúa política y lealtad procesal, señalaron el motivo y los alcances de la demanda, verbigracia, la hipotética incompatibilidad entre una parte, y sólo una parte del artículo 49° de la Ley 23339 —la que deroga las “leyes de creación”— y la Décima Disposición Transitoria de la Constitución. Al hacerlo, definieron no sólo su pretensión sino también el contenido de la sentencia querida, pues, como se sabe, la sentencia es el pronunciamiento judicial sobre la pretensión, la que, por ello mismo, la prefigura.

- 4.- Así pues, de conformidad con los precitados artículos 20°, 38° y 40° de la Ley Orgánica de este Tribunal y con las normas supletorias y concordantes de la Ley Orgánica del Poder Judicial (especialmente, artículo 3°) y del Código de Procedimientos Civiles (especialmente, artículos 306°, 307°, 336°, 337°, 1074° y 1085° y concordantes), la sentencia de este Tribunal sólo puede —y sólo debe— pronunciarse sobre si la parte impugnada del artículo 49° de la Ley 23339 está en contradicción con la Décima Disposición Transitoria de la Constitución vigente y, en tal caso, por aplicación del artículo 40° precitado, si, “por conexión” hay otros artículos inconstitucionales en la ley citada. Pero ocurre, según ya se ha indicado, que ningún artículo de la ley impugnada exhibe conexión conceptual alguna con el atacado artículo 49°, ya que este es un precepto referencial, de carácter “formal”, que no puede, por ello mismo, repercutir en los preceptos y en las reglas, de carácter “material”, recogidas en el respeto del articulado; resto que, para repetirlo, no ha sido cuestionado.
- 5.- Ahora bien, a mi juicio —y pese a las apariencias que destaca la demanda y que, ciertamente, merecen la mayor consideración y un examen cuidadoso— no hay nada ni en la letra ni en el espíritu de la Disposición Transitoria Décima de la Constitución que se encuentre en contradicción con la parte impugnada del artículo 49° de la Ley 23339.
 - a) En la “letra” de la Décima Disposición Transitoria, en efecto, no se proclama la intangibilidad ni la inalterabilidad de las leyes llamadas “de creación”, ni tampoco se prohíbe la sustitución de ninguno de sus preceptos. Algo más, la susodicha norma constitucional no dispone ni siquiera el restablecimiento de la “leyes de creación”, sino sólo el restablecimiento de las corporaciones o juntas departamentales de desarrollo “de acuerdo con sus leyes de creación”. Es claro, pues, que lo que debe restablecerse son los órganos —las Corporaciones—, pero no necesariamente “las leyes de creación”, las que simplemente se ofrecen como modelos o paradigmas. Pero no sólo

no hay nada en el texto de la glosa da Disposición Transitoria que ordene restablecer y, además, petrificar” las “leyes de creación” -mientras, según se afirma en la demanda, no se produzca la “condición extintiva” que señala la Décima Disposición Transitoria de la Constitución- sino que, además, tampoco se priva, en dicha regla -ni en ninguna otra, que sepamos, de la Constitución- al Poder Legislativo de la facultad de interpretar, modificar y derogar dichas “leyes de creación”. Por lo contrario, como bien destaca, en su erudito, documentado y notable alegato, el doctor Valentín Paniagua Corazao, personero del Congreso de la República en la causa, si se examinan los procesos de formación de la Décima Disposición Transitoria de la Constitución y de la impugnada Ley 23339, resulta clarísimo que, con una sola excepción —y esto en el proceso del debate de la Ley 23339— no propuso ni pensó que las llamadas “leyes de creación”, ahora derogadas por la Ley 23339, debiesen ser resucitadas **in integrum**, ni “sacralizadas”, ni declaradas intangibles, ni menos que el Poder Legislativo no pudiese o debiese interpretarlas, modificarlas y, en su caso, y una vez restablecidas las Corporaciones o Juntas Departamentales “de acuerdo con ellas” —como manda la Constitución— sustituirlas, parcial o totalmente, vale decir, inclusive, derogarlas.

- b) En cuanto al “espíritu”; no encuentro nada que me haga pensar que el Constituyente se propusiera sacralizar las llamadas “leyes de creación” —que son tan defectuosas— ni menos que pretendiese, en lo que respecta el régimen legal de las Corporaciones, arrebatar al Poder Legislativo, en tanto no adviniere la “condición extintiva” comentada, su señera atribución: la de crear, interpretar, modificar y derogar leyes. Sirvan de apoyo a esta apreciación, no sólo lo dicho en la última parte del párrafo anterior, sino también dos circunstancias adicionales:
- b.l) la primera es que, según resulta del proceso de formación de la Décima Disposición Transitoria, la referencia a las “leyes de creación” tuvo por objeto, como lo recalca el citado alegato del doctor Paniagua Corazao, y como lo subraya en su importante libro; “La Constitución al Alcance de Todos”, ese sobresaliente constitucionalista que es Enrique Chirinos Soto, descartar, como modelos, los - regímenes antidemocráticos y funestos que habían sido crea dos por la dictadura militar entonces saliente, llámense SINAMOS o Comités Regionales o Departamentales de Desarrollo, y no, ciertamente, el de “resucitar”, **ad pedem letterae** las llamadas “leyes de creación”; y,

b.2) la segunda es que, —según lo acredita el alegato de la parte demandada y como lo afirmaron y estuvieron, durante el debate de la ley 23339, voceros de todos los partidos, excepción hecha del de Bases Hayistas— la resurrección inalterada de las “leyes de creación”, sencillamente no era a la razón posible, ni lo era tampoco —y esto lo sabía perfectamente el Constituyente— cuando se aprobó la Décima Disposición Transitoria de la Constitución. La imposibilidad no era, por lo demás, sólo histórico-política, sino jurídica, pues el marco de referencia legal no permite —ni permitía en dicha circunstancia— pura y simplemente, exhumar leyes que hubiesen entrado, en tal caso, en contradicción con pactos internacionales (Pacto de Cartagena, por ejemplo), con otras normas de la propia Constitución vigente (artículo 138° y concordantes, por ejemplo), y con numerosas disposiciones legales — independientes, orgánicas y sistemática— que informan y presiden los regímenes del presupuesto, de la tributación, la planificación, del autogobierno y de tantos otros sectores de la vida jurídica nacional.

6.- Si no queremos, pues, suponer que el Constituyente, al aprobar la Décima Disposición Transitoria, se propuso un imposible, tenemos que pensar que no existe en ella el propósito de resucitar, de modo puro y simple, a las leyes de creación”, ni menos, claro está, el de privar al Poder Legislativo de su señera y consustancial atribución, la de interpretar, modificar y, en su caso, y una vez restablecidas las Corporaciones “de acuerdo a sus leyes de creación”, sustituir las mencionadas “leyes de creación”, parcial o totalmente, vale decir, reemplazarlas por otras, o sea, inclusive, derogarlas.

En consecuencia, con el mayor respeto por los señores Diputados que sustentan la acción de autos, y dejando a salvo su derecho para impugnar la Ley 23339 por motivos no invocados en esta acción y que, por tanto, no pueden comprenderse en la sentencia del Tribunal —ya que, según se ha indicado, el artículo 40° de la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales no permite, en el caso, extender la sentencia a ningún otro artículo de la Ley 23339, pues para ello tendrían que darse, cosa que no ocurre en la especie, las razones de “conexión o consecuencia” que señala dicho artículo 40°— me pronuncio, por la fuerza, a mi juicio incontrastable, de cuanto se tiene expuesto, declarando infundada la demanda de inconstitucionalidad de autos, ya que ella se funda, sólo y exclusivamente, en una presunta incompatibilidad entre la parte del artículo 49° de la Ley 23339 que deroga las llamadas “leyes de creación”, y la Décima Disposición Transitoria de la Constitución del Estado, incompatibilidad que no existe, o que, en todo caso, no advierto.

Fecha la misma.

Lo que certifico:

Gabriela Guillén Fernández.

Secretaria-Relator del Tribunal de Garantías Constitucionales.

CASO: ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

LEY 23339

FUNDAMENTOS DEL VOTO DEL MAGISTRADO LUIS OSORES VILLACORTA POR LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY 23339

De conformidad con los fundamentos pertinentes de la sentencia que declara infundada la acción de inconstitucionalidad interpuesta por sesenta señores Diputados; y, Considerando, además:

Que por el propio texto de la demanda que se entabla contra la ley 23339 sin limitación alguna de sus disposiciones, que se apoya también en los artículos 259° a 268° de la Carta Política, se desprende que el Tribunal tiene que pronunciarse no solamente sobre la inconstitucionalidad del artículo 49° de dicha ley, sino de sus restantes dispositivos, dado que existe conexión entre ellos, en aplicación de lo previsto en el artículo 40° de la ley 23385;

Que, al respecto, es preciso tener en cuenta el debate parlamentario para la aprobación de la ley 23339, en el que la minoría del Congreso alegó, como fundamento esencial de su oposición a la aprobación de la ley, su inconstitucionalidad en cuanto modifica la estructura orgánica de las Corporaciones, que consideraba inalterable, por juzgar que pertenece a la esencia de la descentralización establecida en la Carta, estructura que queda afectada con la intervención del Poder Ejecutivo en la designación de los Presidentes de las Juntas y Corporaciones Departamentales de Desarrollo, y los Presidentes de sus respectivos Directorios; que, por consiguiente, es preciso pronunciarse sobre si la ley 23339 afecta el régimen descentralista previsto en la Constitución;

Que del examen de los dispositivos pertinentes de la Carta Política y, particularmente, de los consignados en el Capítulo XII del Título IV, resulta que ella no establece la completa autonomía política de las regiones, sino una de orden económico y administrativo, conforme lo precisa el respectivo artículo 261;

Que la intervención del poder central en el régimen determinado para las regiones no interfiere y sí, más bien, coordina y garantiza el régimen descentralista que establece;

Que es atribución del Presidente de la República aprobar los planes nacionales de Desarrollo, conforme el inciso 21 del artículo 211° de la Carta fundamental, por lo cual tiene justificada motivación legal la intervención del Presidente de la República en dichas designaciones;

Que, por otra parte, la participación de los funcionarios administrativos encargados de los servicios públicos departamentales concuerda con el lógico propósito de que cooperen en la preparación de los planes departamentales y nacionales de desarrollo, para la debida concertación de la acción descentralista que debe contemplar el Plan Nacional de Desarrollo;

Que en mérito de que la voluntad del legislador constituyente ha sido respetada por la Ley 23339, conforme se indica en el cuerpo principal de la sentencia, y en atención a las consideraciones adicionales que expongo: mi Voto es porque se declare infundada la acción de inconstitucionalidad de la ley 23339, interpuesta por sesenta Señores Diputados.

Fecha la misma.

Lo que certifico.

Gabriela Guillén Fernández.

Secretaria-Relator del Tribunal de Garantías Constitucionales.

Expediente 002-84-I/TGC

Proceso de inconstitucionalidad interpuesto por 20 senadores contra el artículo 2 de la Ley 23321 y el artículo 6 del Decreto Legislativo 46. El Tribunal emitió un pronunciamiento.

Fecha de emisión: 28 de agosto de 1984

Resumen: Se interpuso demanda de inconstitucionalidad presentada por 20 senadores contra el artículo 2 de la Ley 23321 que adicionó al artículo 328 al Código Penal el párrafo siguiente: “Si el delito fuese cometido mediante un órgano de comunicación social, la pena será de prisión no menor de seis meses”; y el agregado del Decreto Legislativo 46 que expresó lo siguiente: “El que mediante la imprenta, la radio, la televisión u otro medio de comunicación social, incitare a un número indeterminado de personas para que cometan cualesquiera de los actos que conforman el delito de terrorismo, será reprimido con penitenciaría no menor de cuatro años, ni mayor de ocho años”.

101

Antes de debatir sobre el fondo, se puso en discusión la forma. Se cuestionó el retiro de la firma de uno de los senadores, puesto que la Ley señaló necesaria la suma de veinte senadores para interponer una demanda de inconstitucionalidad. De ello el Tribunal se pronunció en mayoría, con el voto en contra de los magistrados Silva Salgado y Basombrio Porras, a favor de considerar que el retiro de una de las firmas de los actores no producía la extinción de la acción.

Por otro lado, respecto del fondo de la demanda, se cuestionó la constitucionalidad del artículo 2 de la Ley 23321 que modificó el artículo 328 del Código Penal. Agregando una pena de prisión mínima de seis meses cuando el delito de desacato se cometía mediante un órgano de comunicación social. Además, se cuestionó la constitucionalidad del artículo 6 del Decreto Legislativo 46, el cual penalizó la incitación al terrorismo.

Por parte del Tribunal, en este punto, no se llegó al número de votos legales suficientes para emitir resolución de inconstitucionalidad, según como lo señalaba el artículo 8 de la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales. Los magistrados que

se pronunciaron en la sentencia fueron: Eguren Bresani, Corso Masías, Silva Salgado, Peláez Bazán, Rodríguez Mantilla, Aguirre Roca, Basombrío Porras y Osores Villacorta.

En el voto de los magistrados Eguren Bresani y Osores Villacorta, respecto del tema de forma, se inclinó a favor de considerar que el retiro de una de las firmas de los actores no producía la extinción de la acción. Por ello señalaron que, al dictarse el auto expresado, quedó ejecutoriada la admisión de la acción.

Respecto del tema de fondo, donde se cuestionó la Ley 23321, los referidos magistrados, en su voto, se mostraron a favor de este añadido en tanto que la pena de 6 meses, como sanción mínima, para el delito de desacato, se justificaba teniendo en cuenta la gravedad de este delito, esto es, la gran difusión que tienen los medios de prensa como lo son la radio y la televisión. Finalmente, se mostraron a favor de la constitucionalidad del Decreto Legislativo 46. Sustentaron que, la Constitución de 1979, regulaba el terrorismo en su artículo segundo, inciso 20, literal g) cuando extendía la detención preventiva, de sus presuntos autores, a un término no mayor de quince días y, en su artículo 109, en que, al ocuparse de la extradición, no lo consideraba delito político. En consecuencia, se manifestó que “tiene la ley de terrorismo una paternidad legítima constitucional, y una razón lógica en sus autores, la defensa de la estructura del Estado Democrático Peruano”.

102

El voto del magistrado Nicanor Silva Salgado, respecto del tema de forma, expresó que no se efectuó la extinción de la acción, esto es, únicamente se podía dar en caso de desistimiento y para que se diera este se requeriría que todos sus integrantes desistiesen expresa y formalmente. Sin embargo, lo que sí se evidenció, señaló, es una situación de decaimiento por lo que la acción ya no podía continuar aunque todavía no se extinguía. Manifestó que se subsumía tal situación en la falta del requisito procesal de la falta de “calidad” o “legitimatío ad causam”.

Respecto a la inconstitucionalidad de la Ley 23321, Silva Salgado expresó que, si bien es cierto que toda persona tiene derecho a la libertad de prensa, según como se consagró en la Constitución de 1979, tenía sus límites que residían en el respeto de otros derechos. Asimismo, rescató que en el delito primigenio de desacato se había hecho ofuscación de los medios de prensa. Consideraba que en la jurisprudencia se había expresado que se cometía este delito mediante publicaciones periodísticas.

Explicó Silva que su inclusión al ordenamiento jurídico-penal era preferible en materia penal que a la sola interpretación o a la doctrina, consagrándose más bien en un texto legal. Finalmente, respecto de la inconstitucionalidad del Decreto Legislativo 46, el magistrado fue preciso y señaló que, la incitación a los comportamientos rela-

tivos al terrorismo repugna a cualquier conciencia moral y, por lo mismo, no podía quedar impune.

El contenido del voto del magistrado Oswaldo Rodríguez Mantilla, respecto del retiro de la firma del senador Eduardo Yashimura, señaló que, no invalidaba la continuación del procedimiento, por cuanto el requisito de las veinte firmas debía entenderse que era para los efectos de la interposición de la demanda, pero admitida ésta, el Tribunal corrió traslado de la demanda en cumplimiento de lo que disponía el artículo 30 de la Ley 23385; en cuya virtud el retiro de la firma no invalidaba el procedimiento.

Acerca de la inconstitucionalidad de la Ley 23321, el magistrado Rodríguez arguyó que la Constitución expresaba en su inciso 4 del artículo 2 que, “los delitos cometidos por medio del libro, la prensa y demás medios de comunicación social, se tipifican en el Código Peruano y se juzgan en el fuero común”. Por lo cual, la inclusión de los medios de comunicación en el delito de desacato en el Código Penal era coherente con la Constitución de 1979. Asimismo, era razonable su inclusión a la normativa penal puesto que el Código Penal fue más antiguo que la Constitución y porque, en ese sentido, de alguna manera la Constitución tendía hacia la actualización.

En afinidad al cuestionamiento del Decreto Legislativo 46, expresó especialmente dos fundamentos, uno de ellos se consolidó respecto del carácter injurioso de la incitación al terrorismo, es así dice que expresó que la incitación al terrorismo era tan grave y perversa como el terrorismo mismo, por eso se tipificaba claramente en el artículo 6 del Decreto Legislativo 46 que se impugnó. Por otro lado, su segundo fundamento era que, la conducta que punía era clara y delimitada, por lo cual mencionaba que “para que el acto punible de la incitación se produzca, sólo basta el uso de los medios de comunicación social, con tal fin y el delito se perpetra”.

El magistrado Carlos Basombrio Porras expresó en su voto, respecto al tema de forma, que el Tribunal consideró, por mayoría, que debía conocer la acción no obstante esta deficiencia formal, razón por la cual se hacía necesario pronunciarse sobre el fondo de la demanda planteada. En relación a la inconstitucionalidad de la Ley 23321, el magistrado Basombrio tenía un fundamento parecido al magistrado precedente, en tanto señalaba que el artículo 4, inciso 2 de la Constitución hacía referencia a que las personas tienen derecho “A las libertades de información, opinión [...] por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización, censura ni impedimento alguno, bajo las responsabilidades de ley”.

Y señaló que la ley debía establecer las responsabilidades en que incurría el titular, tal como lo hacía el artículo 328 del Código Penal, adicionado por el inciso 2) de la Ley

23321. Por ello, concluyó que no había inconstitucionalidad en la norma puesta en cuestión. Por otro lado, en relación a la inconstitucionalidad del Decreto Legislativo 46, el presente magistrado señaló que, para que se efectuase la instigación al terrorismo era necesario el *animus*. Señaló que no había amenaza a la libertad de expresión en tanto no existieran propósitos dolosos. En conclusión, no indicó que sea inconstitucional la normativa puesta en cuestión.

El voto del magistrado Manuel Aguirre Roca, refirió que se aúna al voto de la mayoría, esto es, que no se extinguió la acción, entre otras razones, expresó que, puesto que las firmas ya habían sido efectuadas en la presentación de la demanda, el retiro posterior de una firma no modificaba los efectos jurídicos de la interposición de la demanda, además, no se contempló el “retirar una firma” como causal de extinción de la acción, entre otros.

Respecto de la inconstitucionalidad de la Ley 23321, el magistrado disintió del voto de los demás magistrados respecto de considerar que el máximo legal, en la modificación que efectuó la ley en análisis, debía ser de un año. Puesto que, tomarlo como cierto implicaría que fuese menor a la pena mínima de un delito menos gravoso. Hecho que no resultaba coherente.

104

En relación a la inconstitucionalidad del Decreto Legislativo 46, el magistrado señaló que, aquello que expresó ese decreto, en realidad, era contrario con aquello que debería expresar, esto es, que no se debería punir la comisión de cualesquiera de los actos que conforman el delito de terrorismo, sino conjuntamente a todos los actos integrantes del tipo de terrorismo.

Señaló el magistrado que, respecto de la acción relativa al desacato, que ella era atendible y razonable, pero que se dejó al Congreso de la República la opción constitucional, para que dentro de los 45 días de ley derogase el dispositivo impugnado o, en su defecto, que la interpretase auténticamente. Y, respecto de la otra acción, que se debía declarar fundada.

Alfredo Corso Masías y Mario Peláez Bazán realizaron un voto conjunto. Corso Masías señaló que los delitos que comprenden el uso de medios de comunicación no debían insertarse como delitos de desacato sino que debían ser categorizados como delitos contra el honor. Por otro lado, de acuerdo con la inconstitucionalidad del Decreto Legislativo 46, expresó que el delito de instigación al terrorismo ya se encontraba regulado en el mismo Decreto Legislativo 46; en los artículos 186 a 189 del Código Penal, en los artículos 121 a 123, 134 a 140 del Código de Justicia Militar; y, por consiguiente, ya era innecesaria tal inclusión.

El magistrado Mario Peláez, no se pronunció respecto de la extinción de la acción. En relación a la inconstitucionalidad de la Ley 23321, afirmó que el artículo primigenio, el 328, ya consideraba dentro de la frase “o de cualquier manera” la posibilidad de que se efectuase el delito mediante medios de comunicación. Además que el agregado delimitó a ciertos medios, no siguiendo con la línea o sentido del artículo primigenio. Arguyó que encubría rasgos de dictadura y que, en todo caso, si el intento fue de configurar una forma agravada, entonces se había desnaturalizado el tipo penal.

Finalmente, en relación a la inconstitucionalidad del Decreto Legislativo 46, aludió que era inconstitucional en tanto no se expresaba de manera clara los actos que comprendía como infractores punibles, de allí que contravenía la Constitución en tanto exigía que sea expresa e inequívoca. Además, mantenía incoherencia que se adhiriera a la normativa ese artículo en tanto que el delito de terrorismo hacía alusión a “provocar”, lo cual ya subsumiría la conducta que se intenta penar en el delito de incitación al terrorismo. Por ello, el magistrado consideró que, la demanda debía ser considerada fundada y, por lo tanto, declarar la inconstitucionalidad de las normas cuestionadas.

Temas clave: Admisibilidad — autoridades públicas — **Código Penal** — desacato — terrorismo — libertad de prensa.

TRIBUNAL DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD INTERPUESTA POR 20 SENADORES CONTRA EL ARTÍCULO 2º DE LA LEY 23321 Y 6º DEL DECRETO LEGISLATIVO No. 46

Lima, 28 de agosto de 1984.

Vistos; resulta de autos que: a fojas una, veinte Señores Senadores interponen demanda de inconstitucionalidad contra el artículo segundo de la Ley numero veintitrés mil trescientos veintiuno que adiciona el artículo trescientos veintiocho del Código Penal, con el párrafo siguiente: “Si el delito fuese cometido mediante un órgano de comunicación social, la pena será de prisión no menor de seis meses; y contra el artículo sexto del Decreto Legislativo número cuarentiséis, que dispone: “El que mediante la imprenta, la radio, la televisión u otro medio de comunicación social, incitare a un número indeterminado de personas para que cometan cualquiera de los actos que conforman el delito de terrorismo, será reprimido con penitenciaria no menor de cuatro años ni mayor de ocho años”; que, seguido el juicio por sus trámites legales, con fecha dos de abril próximo pasado, se expide el auto que obra a fojas quince, por el cual se admite la demanda de inconstitucionalidad, y, en cumplimiento con lo prescrito en el artículo treintiuno de la Ley Orgánica del tribunal de garantías Constitucionales, se corre traslado de la demanda al Congreso y al Poder Ejecutivo, efectuándose las notificaciones de ley; que el Senador Señor Eduardo Yashimura Montenegro, por su escrito que corre a fojas veinte, retira su firma del recurso de demanda, sin expresar las razones para ello; que el apoderado del Congreso, Senador doctor Oriel Boldrini Pomareda, por escrito de fojas veintitrés, formula su alegato y, en su segundo otrosí, solicita que, en atención a que uno de los Senadores se ha desistido de la acción, el Tribunal se pronuncie sobre la procedibilidad de ésta; que, no habiendo tomado conocimiento, oportunamente, el Poder Ejecutivo de la demanda, por omisión no imputable a este Tribunal, por Decreto de fojas cuarenticuatro, se dispuso que el término para contestar la acción, por el citado demandado, corriera a partir del veinticinco de mayo último, trámite que fue absuelto a fojas sesentisiete; que, por resolución de nueve de julio pasado, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo treintidós de la Ley veintitrés mil trescientos ochenticinco, se señaló para la vista de la causa el día martes diecisiete del citado mes; que, vista la causa en la ciudad de Arequipa, en el acto hicieron uso de la palabra los doctores Salvador Zavala Becerra, por la parte demandante, Oriel Boldrini Pomareda, por el Congreso, y Juan Luis Avendaño Valdez, por el Poder Ejecutivo, como lo acreditan las constancias de fojas noventinueve; quedando la causa al voto; que habiendo sido sometidos, en

la ciudad de Lima, a intervenciones quirúrgicas, los magistrados señores Basombrío Porras y Osorio Villacorta, lo que les impedía viajar a la ciudad de Arequipa, encontrándose un cargo de Magistrado vacante y no habiendo previsto la Carta Política la designación de suplentes, el Tribunal acordó, en ejercicio de la atribución que le confiere la Constitución en su artículo trescientos cuatro, que la votación de la causa se efectuase en la ciudad de Lima, señalando el día veintiocho de los corrientes, a las diez de la mañana, para ese fin; que, reunido el Tribunal en sesiones diarias desde que se produjo la vista, estudiada y discutida la causa y producida la votación, ha llegado la oportunidad de dictar sentencia; y

CONSIDERANDO:

Que de los fundamentos de los votos de los Magistrados, señores Eguren Bresani, Corso Masías, Silva Salgado, Peláez Bazán, Rodríguez Mantilla, Aguirre Roca, Basombrio Porras y Osoro Villacorta, que se agregan a esta sentencia, como parte constitutiva de la misma, resulta que el Tribunal, estima, en mayoría, que presentada la demanda de inconstitucionalidad y admitida ésta, en aplicación de lo dispuesto en los artículos treinta y treintiuno de su Ley Orgánica, el retiro de la firma de uno de los actores no produce el decaimiento o extinción de la acción debiendo ésta continuar conforme a sus trámites legales; que, en cuanto al fondo de la cuestión controvertida, o sea a lo que es materia de la inconstitucionalidad, como aparece de los votos escritos a que se ha hecho referencia, resulta que no se ha obtenido el número obtenido el número de seis votos conformes que exige el artículo octavo de la Ley del Tribunal para obtener resolución en los casos de inconstitucionalidad, por lo cual el Tribunal de Garantías Constitucionales no emite sentencia al respecto, limitándose a poner en conocimiento de las partes, mediante su transcripción, el voto de cada uno de los Magistrados y a disponer su publicación en el diario oficial “El Peruano”.

107

RESUELVE:

En mayoría, con el voto en contra de los señores Silva Salgado y Basombrío Porras, en cuanto al procedimiento, que, admitida una demanda de inconstitucionalidad interpuesta por veinte Senadores de la República, después de haberse seguido el procedimiento señalado por los artículos treinta y treintiuno de la Ley Orgánica del Tribunal, del retiro de la firma de uno de ellos no produce la extinción de la acción, sino que este sigue en vigencia, debiendo continuar el trámite según su estado; y que

En cuanto al fondo de las acciones de inconstitucionalidad, no habiéndose alcanzado el número legal de votos, el Tribunal considera que no existe la posibilidad de dictar sentencia. Regístrese; notifíquese y archívese.

**EGUREN GRESANI
CORSO MASÍAS
PELÁEZ BAZÁN
RODRÍGUEZ MANTILLA
AGUIRRE ROCA
BASOMBRÍO PORRAS**

Lo que certifico:

Gabriela Guillén Fernández.
Secretaria-Relator del Tribunal de Garantías Constitucionales.

VOTO DE LOS MAGISTRADOS DOCTORES EGUREN BRESANI Y OSORES VILLACORTA

El artículo doscientos noventa y ocho inciso primero de la Constitución Política, establece que están facultados para interponer acción de inconstitucionalidad, veinte Senadores y, el artículo veintiséis de la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales, puntualiza los requisitos exigidos para accionar. Cumplidos éstos por los demandantes, se expide, por la Presidencia, el Decreto de veintinueve de marzo último, mediante el cual, se señala el día dos de abril siguiente para que se reúna el Pleno Jurisdiccional y resuelva sobre la admisibilidad de la demanda; en dicha sesión el Tribunal, después de haber discutido en privado, dictó, por unanimidad, el auto que corre a fojas quince, admitiendo las acciones de inconstitucionalidad planteadas, y, en cumplimiento de lo prescrito en el artículo treinta y uno de su Ley Orgánica, corrió traslado de la demanda al Congreso y a Poder Ejecutivo. Al dictarse el auto expresado, quedó ejecutoriada la admisión de la acción, e importando el órgano actuante un ente jurídico, no afectó, en su capacidad, el retiro posterior de la firma de una de las personas que contribuyeron a formarlo.

Entrando al fondo del asunto en su primer extremo, esto es a considerar si es o no inconstitucional el artículo segundo de la Ley veintitrés mil trescientos veintiuno, de veinte de noviembre de mil novecientos ochenta y uno, que manda agregar al artículo trescientos veintiocho del Código Penal el párrafo siguiente: “Si el delito fuese cometido mediante un órgano de comunicación social la pena será de prisión no menor de seis meses”; los Magistrados que suscriben, estima que la demanda es infundada.

109

En efecto, los legisladores dictaron la ley, en parte cuestionada, porque el acto antijurídico, tipificado como delito de desacato en el Código Penal, no involucra los actos cometidos por los modernos medios de comunicación social, dado que nuestro Código Penal data del año mil novecientos veinticuatro. La ley penal se ha complementado dándose cumplimiento al segundo párrafo, del inciso cuarto, del artículo segundo de la Carta Política.

El artículo trescientos veintiocho del Código Penal tipifica el delito de desacato. La Ley veintitrés mil trescientos veintiuno mantiene ese concepto; lo amplía incorporando a los órganos de comunicación social y modifica el mínimo de la pena que fija en prisión no menor de seis meses. Siendo una adición a un artículo, que establece, para el delito tipificado, una pena de prisión no mayor de un año, debe entenderse jurídicamente, que ese: *máximum rige* también para los autores de igual delito cometidos por diferentes medios; su variación requeriría disposición expresa.

No modificándose el máximo de la pena de un año de prisión y siendo explicable el aumento de la sanción mínima, a seis meses de prisión, dada la gravedad que reviste el delito de desacato, cometido por medio de un órgano de comunicación de masas, por la gran difusión que alcanzan las noticias transmitidas por la radio o televisión, no existe la causal de amenaza contra la prensa libre que se quiere ver y que es el fundamento de la demanda de inconstitucionalidad.

La Segunda cuestión controvertida versa sobre la ley de terrorismo. El término terrorismo proviene del latín “terror”, cuya acepción gramatical es, “miedo, espanto, pavor de un mal que amenaza o de un peligro que se tiene”.

El terror, tanto de orden físico como psicológico, fue históricamente empleado, desde tiempo inmemorial, en la lucha por el poder, unas veces con fines exclusivamente personalistas, otras, con el objeto de imponer ideas o de apresurar las fases futuras del Estado o de la organización de la sociedad.

El siglo XVIII comienzan a desarrollarse las ideas liberales, que culmina con la independencia de los Estados Unidos de América en mil setecientos setentisies, la Revolución Francesa de mil setecientos ochentinueve y la independencia de las Naciones del Nuevo Mundo, a partir de mil ochocientos ocho. La reacción de los gobiernos absolutos fué inmediata; desencadenaron diversas formas de terrorismo, que no alcanzaron éxito por el triunfo de las ideas dominantes. La implantación de los regímenes democráticos fue un alto en el camino y una esperanza, porque se estimó que la tolerancia de las mayorías, su coexistencia con las minorías, el diálogo y la libertad en el uso de los medios de comunicación de masas, darían un toque final a la época de la violencia. No fue así, diversos motivos, fundamentalmente con raíz socio-económica, hicieron resurgir el terrorismo en numerosos países, como un medio de alcanzar metas determinadas o ilusorias, a corto, o largo plazo, o de perennizarse en el poder.

Los estadistas peruanos, en el entendimiento de que el sistema democrático no ha sido aun superado como forma de gobierno y que el terrorismo socava sus cimientos, han considerado como un derecho y un deber, defender el orden jurídico imperante, dictando normas coercitivas diversas.

El Código Penal de mil novecientos veinticuatro no contiene disposiciones precisas en este sentido.

Los delitos contra la Seguridad Pública, que se contemplan en su Sección Séptima, y contra la Tranquilidad Pública, de que hace mención el artículo doscientos ochentinueve, revisten distintas características.

En la Constitución Política se enuncia al terrorismo en su artículo segundo, inciso veinte g), cuando extiende la detención preventiva, de sus presuntos autores, a un término no mayor de quince días y, en su artículo ciento nueve, en que, al ocuparse de la extradición, no lo considera delito político.

Como antecedentes inmediatos, se pueden citar los Decretos Leyes números mil novecientos cuatro y veinte mil ochocientos veintiocho, este último en su segundo considerando dice: “es imperativo, por lo tanto, sancionar los hechos delictivos que sean perpetrados para introducir el terrorismo político en el Perú”.

Reconocido el delito de terrorismo por la Constitución Política y en armonía con lo que esta preceptúa, el Poder Ejecutivo, en uso de la facultad delegada por el Poder Legislativo, dicto con fecha diez de marzo de mil novecientos ochentiuno, el Decreto Legislativo número cuarentiséis, por el cual se tipifica el delito de terrorismo y se establecen las penas aplicables.

Los actos que violan las normas que regulan los bienes jurídicos vitales, dan lugar a lo que se denomina delito; acción típicamente antijurídica y culpable. El Poder Ejecutivo aprueba el Decreto Legislativo número cuarentiséis, porque estima que en el terrorismo se dan las condiciones de la figura delictiva y por esta razón lo tipifica en su artículo primero, señalando sus características subjetivas y objetivas, tanto genéricas como diferenciales.

111

Tiene la ley de terrorismo una paternidad legítima constitucional, y una razón lógica en sus autores, la defensa de la estructura del Estado Democrático Peruano, sistema que consideran no superado como se ha dicho anteriormente por la ciencia social, y del que forman parte como gobernantes.

Los propios actores convienen implícitamente en estos postulados, desde que admiten la constitucionalidad de la ley, con excepción del artículo sexto.

Tipificado de delito de terrorismo y asentado que el objeto de la norma penal es el bien jurídico que ella tutela; el legislador incluye en la ley, el artículo sexto, cuyo contenido tiene por finalidad declarar, que está comprendido en la ley el que utiliza los medios de comunicación social para **incitar** a un número indeterminado de personas, para que cometan cualquiera de los actos que conforman el delito de terrorismo.

El artículo citado no viola los derechos a la persona que reconoce la Constitución en su artículo segundo inciso cuatro y que se concretan a las “libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento”, porque ninguna de estas libertades importa o autoriza la incitación al delito, vocablo que no es anfibológico.

Según el profesor Guillermo Cabanellas incitar significa; “mover, impulsar la ejecución de algo”; y, la notable “Enciclopedia Jurídica Omeba, lo usa para calificar la Exitación (a la rebelión) Seducción, instigación (a cometer delito). Instigación y ayuda (al suicidio).

Si el juzgador le da, maliciosamente por ignorancia, una interpretación indebida, deberá asumir las responsabilidades en que incurra, más su posible actitud, fuera de la ley, no hace a esta inconstitucional.

El artículo ochentidós del Código Penal prescribe “que las penas establecidas por la ley se aplican siempre al agente de infracción intencional, salvo disposición expresa y contraria de la misma ley. La infracción es intencional cuando se comete por acción o por omisión consciente y voluntaria.

En nuestro Derecho Penal existe la figura del instigador, que es el que, de manera intencional, decide a otro a cometer un delito, siempre que se produzca el resultado delictivo, pues no hay tentativa de instigación. La ley de terrorismo no exige, para que la figura delictiva se configure, la ejecución y, en esto, sigue las nuevas corrientes criminológicas europeas adoptadas en algunas legislaciones, como la Suiza y la Alemana, que quedan resumidas en esta afirmación: “quien intenta determinar a otro a cometer un delito o instigarlo a ello, será penado conforme a los preceptos de la tentativa”.

112

POR LAS RAZONES Y FUNDAMENTOS EXPUESTOS nuestro voto es porque se declare que, el retiro de la firma de la demanda, por el senador señor Eduardo Yashimura Montenegro, no extingue la acción, debiendo ésta continuar por sus trámites legales; y porque se declare infundada la demanda en los dos extremos que contiene.

EGUREN BRESANI
OSORES VILLACORTA

Se publicó conforme a ley:

Lo que certifico:

Manuel Visalot Chávez.
Secretario Relator.

VOTO SINGULAR DEL SEÑOR DOCTOR ALFREDO CORSO MASÍAS

Veinte Señores Senadores interponen Acción de Inconstitucionalidad contra las siguientes disposiciones legales:

- 1.- Contra el Artículo 2º de la Ley No. 22321 del 20 de Noviembre de 1981 que manda agregar el artículo 328º del Código Penal el siguiente párrafo:

“Artículo 2º.- **Agréguese al artículo 328º** del Código Penal:

“Si el delito fuese cometido mediante un órgano de comunicación social, la pena será de prisión no menor de seis meses.”

- 2.- Contra el artículo 6º del Decreto Legislativo No. 46 que tipifica el delito de Terrorismo y cuyo texto es como sigue:

“Artículo 6º.- El que mediante la imprenta, la radio, la televisión u otro medio de comunicación social, incitare a un número indeterminado de personas para que cometan cualquiera de los actos que con forman el Delito de Terrorismo, será reprimido con penitenciaría no menor de cuatro años, ni mayor de ocho años.”

FUNDAMENTOS DEL VOTO

113

- 1.- El Delito de Desacato según los artículos 328o. y 329o. del Código Penal, consiste en el faltamiento al funcionario público a causa del ejercicio de sus funciones o al tiempo de ejercerlas.

Los comentarios insertos en los medios de comunicación social, no constituyen Delito de Desacato (por su naturaleza), y son contrarios a lo dispuesto en la Constitución Política del Perú, que expresa:

“Artículo 2º.- Toda persona tiene derecho:

...

- 2.- A la igualdad ante la ley, sin discriminación alguna por razón de sexo, raza, religión, **opinión** o idioma.
- 3.- A la libertad de **conciencia** y de religión, en forma individual o colegiada. No hay persecución **por razón de ideas** o creencias.

El ejercicio público de todas las confesiones es libre, siempre que no ofenda a la moral o altere el orden público.

- 4.- A las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra, el escrito o la imagen **por cualquier medio de comunicación social**, sin previa autorización, censura ni impedimento alguno, bajo las responsabilidades de ley.

Los delitos cometidos por medio del libro, la prensa y demás medios de comunicación social se tipifican en el Código Penal y se Juzgan en el fuero común.

(...)

20.- A la libertad y seguridad personales. En consecuencia:

- e) **No hay delito de opinión.**

Como antecedentes podemos citar el Estatuto de la Libertad de Prensa, Decreto Ley número dieciocho mil setenticinco de treintiuno de diciembre de mil novecientos sesentinueve, que reemplazó a las leyes diez mil trescientos nueve y diez mil trescientos diez; Estatuto que fué derogado posteriormente. Ese Estatuto establecía que eran delitos contra la Libertad de Prensa:

- 114
- a) Atribuir a una persona individual o jurídica, un hecho, una cualidad o una conducta que perjudique el honor o la reputación de la persona o de las personas, etc;
 - b) Se establecían penas privativas de la libertad y multas;
 - c) Se consideraba como hecho agravante si la persona afectada era autoridad, entidad pública o institución oficial; y
 - d) Publicar artículos o escritos ofensivos al honor o reputación de - una persona natural o jurídica.: En este caso, como en el anterior se agravaba la pena si el afectado era autoridad o entidad pública.

En resumen, los delitos cometidos valiéndose de los medios de comunicación social-, contra el honor de las autoridades o funcionarios públicos no deben estar comprendidos en el Delito de Desacato, que es una figura distinta. Ellos son Delitos contra el Honor, artículos ciento ochentiseis a ciento noventicinco del Código Penal.

Asimismo, no podemos olvidar lo que estatuyen las Declaraciones, Convenios y Tratados Internacionales, en lo que se refieren al aspecto que estamos analizando.

“La Declaración de la Revolución Francesa de 1791”, en el artículo diez establece: “nadie puede ser molestado por su opinión, mientras su manifestación no perturbe el orden público establecido por la Ley”, y el artículo undécimo expresa: “La libre comunicación de las personas y de las opiniones es uno de los derechos más preciosos del hombre”. Estos principios también están consagrados en el artículo IV de la “Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre”; y en el artículo diecinueve de la “Declaración Universal de Derechos Humanos” y otros documentos de la misma índole.

Se relaciona también con este asunto las disposiciones contenidas en los artículos ciento uno, ciento cinco, ciento seis y doscientos treintiséis de la Carta Magna del Perú.

- 2.- Los Senadores demandantes, solo cuestionan el artículo seis del Decreto Legislativo No. 46; y no los otros dispositivos de la Ley referente al Delito de Terrorismo.

Este delito, en sus diversas modalidades, figura en el mismo Decreto Legislativo No. 46; en los artículos ciento ochentiséis a ciento ochentinueve del Código Penal, en los artículos ciento veintiuno a ciento treintitrés, ciento treinticuatro a ciento cuarenta del Código de Justicia Militar.

En consecuencia:

El agregado de la Ley No. 23321, artículo 2° al Delito de Desacato en su artículo 328° del Código Penal, así como el artículo 6° del Decreto Legislativo No. 46 Delito de Terrorismo, son disposiciones innecesarias y opuestas a la Constitución Política del Perú y Leyes pertinentes.

115

MI VOTO:

Es en el sentido de que se declare favorable o fundada la acción de Inconstitucionalidad interpuesta, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 298 inc. 1 de la Constitución; artículos 19 inc. 1 y 2 y 20 inc. 1 del Ley No. 23385; y los artículos 186° a 195° y 328° del Código Penal.

CORSO MASÍAS

Se publicó conforme a ley:

Lo que certifico:

Manuel Visalot Chavez.

Secretario Relator.

VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR NICANOR SILVA SALGADO

ASUNTO:

Acción de inconstitucionalidad contra el art. 2º de la Ley 23321 que adiciona el art. 328 del Código Penal y el art. 6º del Decreto Legislativo No. 46.

LA DEMANDA:

Veinte señores senadores de distintas agrupaciones políticas, interponen demanda de inconstitucionalidad contra el art. 2º de la Ley No. 23321 que adiciona el art. 328º del Código Penal con el párrafo siguiente: “si el delito fuese cometido mediante un órgano de comunicación social, la pena será de prisión no menor de seis meses”; y contra el art. 6º del Decreto Legislativo No. 46, que dispone: “El que mediante la imprenta, la radio, la televisión u otro medio de comunicación social, incitare a un número determinado de personas para que cometan cualquiera de los actos que conforman el delito de terrorismo, será reprimido con penitenciaría no menor de cuatro años ni mayor de ocho años”. Como fundamentos de hecho exponen que los organismos representativos del Periodismo Nacional han expresado en múltiples ocasiones su rechazo a las disposiciones legales citadas por ser violatorias del inc. 4 del art. 2º de la Constitución, que consagra las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización, censura ni impedimento alguno; libertades que constituyen lo que se ha dado en llamar libertad de expresión o de prensa. Se preguntan en que beneficia el agregado al artículo 328º, si éste expresa todo lo que de esta norma se puede esperar. Dicen que, antes bien, se erige como una permanente sospecha contra cualquier persona que pretenda expresar un pensamiento o glosar una noticia por sencilla que fuese; que si el propósito es cautelar el honor del funcionario público los delitos se encuentran previstos y penados en los arts. 186º y siguientes del Código Penal, en que se tipifican la calumnia, la difamación y la injuria; que si, al parecer, se trataría de crear una agravante con aquello de “por cualquier medio de comunicación” para el delito de desacato, entonces se ha desnaturalizado esta figura delictiva, por cuanto el art. 328º y la doctrina estiman como condición esencial que el ofendido sea un funcionario público en funciones, sin la particularidad con que el agregado pretende destacar en detrimento, amenaza o intimidación de los periodistas o de quienes ocasionalmente intenten formular un comentario académico o simplemente dar una noticia; y que, queriendo o no, el agregado constituye un recorte a la libertad de expresión desde el momento que agrava la pena si el funcionario es ofendido desde “cualquier medio de comunicación social”, agregado que resulta impertinente por estar comprendido en el precitado art. 328º del Código Penal y que lo único

cruel persigue es crear una amenaza o establecer una psicosis intimidatoria en contra de las libertades del inc. 4 del art. 2º de la Constitución en perjuicio del periodismo en general y de los periodistas en particular y por ende en menoscabo del Estado de Derecho que hoy vive el País.

En cuanto al segundo extremo de su demanda dicen que el delito que sanciona el art. 6o. del Decreto Legislativo 46º se produce cuando una persona al hacer uso lícito de cualquier medio de comunicación social supuestamente incite a un grupo indeterminado de personas a cometer cualquier acto que conforma el delito de terrorismo, de tal suerte que quien realizara un comentario, por ejemplo, de la propia ley o historiara el fenómeno, terrorista podría ser acusado de incitador y por tanto objeto de juzgamiento y pena. Explican que si la incitación científicamente es un proceso químico producido por estímulos extraños a la personalidad del sujeto y responde en gran medida a la conformación psicofísica de la personalidad, ¿de qué modo puede ser responsable una persona, por ejemplo, que es entrevistada en un canal de televisión si las reacciones del oyente no dependen del entrevistado sino de su estado de ánimo, de su personalidad, conducta, de su cultura y de todo cuanto pueda originar y sobre todo desarrollar sus propias inclinaciones delincuenciales?. Agregan que con el criterio del art. 6o que motiva la acción de inconstitucionalidad no sólo debería pensarse a quien incite a un acto del delito de terrorismo, sino también cualquier otro delito, lo que sin duda sería una aberración jurídica.

117

Como fundamentos de derecho invocan el inc. 4 del art. 2º, la primera parte del art. 296º y el inc. 1º del art. 298º de la Constitución; los arts. 19º, incisos 1 y 2, 20º, inc. 1, 28º y 29º, inc. 2, de la Ley 23385, y 186º y siguientes y 328º del Código Penal.

SU TRÁMITE:

Con fecha 2 de abril de 1984 el Tribunal admite la demanda, de la que corre traslado al Congreso y al Poder Ejecutivo, lo que manda hacer saber al apoderado sustituto de los senadores demandantes, recibándose en la mañana del 17 de mayo el escrito del senador don Eduardo Yashimura Montenegro uno de los suscriptores de la demanda, retirando su firma del recurso a que se refiere el expediente, lo que se manda poner en conocimiento de los apoderados de las partes.

EL ALEGATO DEL CONGRESO:

El senador doctor Oriel Boldrini Pomareda, designado apoderado titular del Congreso, formula su alegato expresando que de la concordancia de los incisos 4 y 5 del art. 2º de la Constitución resulta que la ley impugnada no es inconstitucional, y que ésta, por lo contrario, surge de la necesidad de normar las responsabilidades inherentes a la libertad de expresión, que no puede convertirse en carta franca para

que los medios de comunicación masiva se usen con el objeto predeterminado de inferir agravios, calumniar e injuriar. Dice que no se trata de la - creación de una nueva figura delictiva -que podría hacerse dentro de las facultades legislativas del Congreso- sino de un complemento del art. 328° del Código Penal que al referirse a “el que provocare a duelo, amenazare, injuriase o de cualquier manera ofendiera la dignidad o el decoro de un funcionario público...” se está refiriendo a la forma, mas no a “cualquier medio”, que significa la utilización de los medios materiales para cometer el delito. Agrega que todas las normas de carácter penal son intimidatorias, positivas, afirmativas e impositivas. Si el comentario, la noticia o cualquier otra expresión escrita, radial o televisada lo hace sin ánimo de ofensa, evidentemente no comete delito. Concluye que la norma cuestionada es la correcta aplicación de los incisos 4 y 5 del art. 2o. de la Constitución, en don establece la responsabilidad de ley; que no se tipifica como un delito especial ni es una ley especial; no se trata de un delito contra el honor puro y simple, como para - ser tratado en los arts. 186° y siguientes del Código Penal, sino que aclara simplemente el “cualquier medio” a que se refieren los demandantes, señalando expresamente como un delito “cometido mediante un órgano de comunicación social”, como lo reconoce la propia Constitución; y que sólo indica una “circunstancia” de la comisión del delito de desacato, ya establecido en el Código Penal. En cuanto a la inconstitucionalidad del art. 6o. del Decreto Legislativo No. 46 dice que tampoco tiene amparo legal; que no se trata del que “supuestamente incite”, como dice la demanda, sino del que “incitare”; que los actores se olvidan del art. 100 del Código Penal; que el dispositivo legal impugnado, por lo contrario, garantiza la libertad de prensa, que no dará cabida a quienes pretendan incitar a la comisión de actos de terrorismo a un número considerable de personas. Como fundamentos de derecho invoca los arts. 2°, **incisos 4, 5, 20d, y 186°** y 188° de la Constitución y 100 del Código Penal. Y en un otrosí de su alegato dice que se ha enterado de que uno de los senadores actores se ha desistido de la acción, por lo que pide que el Tribunal se pronuncie sobre su procedibilidad; lo que reitera por escrito posterior, manifestando “que con dicho desistimiento el número de Senadores que pueden solicitar la inconstitucionalidad de una ley no cumple con las exigencias del art. 24° de la Ley 23385, por lo que la acción debe ser desestimada”.

118

EL ALEGATO DEL PODER EJECUTIVO:

Después de dejado sin efecto el señalamiento de vista de la causa en mérito de la razón de Secretaría de que la notificación cursada al Secretario General de la Presidencia de la República no había llegado a su destino y del escrito del Ministro de Justicia en el sentido de que sólo el 24 de mayo había recibido la indicada Secretaría General el oficio poniendo en conocimiento del Poder Ejecutivo la interposición de la demanda

y el plazo de 30 días que para el efecto concede el art. 31 de la Ley 23385, por lo que pedía el señalamiento de nuevo día y hora para la vista de la causa, el doctor Juan Luis Avendaño Valdez, nombrado apoderado por Resolución Suprema No. 266-84-JUS, formula su alegato expresando: que no corresponde a su parte lo relativo al art. 2° de la Ley 23321 por ser Ley, en sentido formal y material, aprobada por el Congreso; que el art. 6 del Decreto Legislativo no transgrede la Constitución ni en el fondo ni en la forma; que el terrorismo es una acción delictiva particularmente grave y perversa, cuyo propósito es la intimidación de la población a través de alteraciones de la paz interna o el orden público y ha sido tipificado con toda precisión por el art. 1o. del Decreto Legislativo No. 46 y su art. 6o. califica con absoluta nitidez las acciones susceptibles de configurar el delito de incitación al terrorismo; que el uso de los medios de comunicación social para instigar actos de terrorismo es ilícito per se, por lo que la sola utilización de la prensa, la radio o la televisión para inducir a la comisión de un hecho delictuoso es, en sí misma, un hecho ilícito, tanto más si se trata de un delito tan extremadamente grave como el terrorismo; que tampoco se trata de una “supuesta” incitación, pues el citado art. 6° no contiene tal adverbio, como indebidamente sí lo incluye la demanda; que una cosa es hacer periodismo y otra, muy distinta, incitar al terrorismo; expone las acepciones que tiene la palabra “incitar” según el Diccionario de la Academia de la Lengua y sus sinónimos según el Diccionario de Sainz de Robles y las significaciones que le dan la Enciclopedia Jurídica Omeba y el Diccionario de Derecho Usual de Cabanellas; con relación a las afirmaciones de la demanda que transcribe, se remite el art. 100° del Código Penal modificado por la Ley No. 12341, que reprime como autores de hecho punible a los que intencionalmente decidieran a otro a cometerlo; que el terrorismo es un delito común al que la Constitución confiere singular - gravedad en sus arts. 2°, inc. 20, parágrafo g) y 109; y transcribe la Enciclopedia Jurídica Omeba, según la cual “la característica de este delito es la publicidad de la instigación. De ahí precisamente que mientras en uno el delito se tipifica por la instigación con independencia de la ejecución del delito a que se instiga y de los resultados del mismo, en el otro la responsabilidad del instigador se encuentra condicionada a la ejecución del delito a cuya comisión se instiga. La instigación pública -y el uso de los medios de comunicación social le da inequívocamente ese carácter- constituye delito por sí misma”.

LOS INFORMES ORALES:

A la vista de la causa han informado oralmente los señores doctores Salvador Zavala Becerra, apoderado sustituto de los senadores demandantes; Oriel Boldrini Pomareda y Juan Luis Avendaño, apoderados del Congreso y del Ejecutivo, respectivamente, incidiendo el primero en los arts. 24° y 30° de la Ley 23385 y en que el senador Yashimura, que suscribió la demanda, no se ha desistido de la acción y que admitida

ésta, el retiro de una firma no perjudica el proceso, en que basta que intervenga su apoderado de conformidad con el inc. 4 del art. 28° de la Ley 23385; y reiterando el doctor Boldrini lo que ha expuesto en sus escritos ya referidos.

CONSIDERACIONES DEL MAGISTRADO QUE SUSCRIBE:

Declara la Constitución que el Tribunal de Garantías “es competente para declarar, a petición de parte, la inconstitucionalidad parcial o total de las leyes, decretos legislativos, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravienen la Constitución por la forma o por el fondo” —art. 298°, inc. I— y que “están facultados para interponer acción de inconstitucionalidad el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia, el Fiscal de la Nación, 60 diputados, 20 senadores y 50,000 ciudadanos, con firmas comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones” —art. 299°—. La Ley Orgánica del Tribunal de Garantías N° 23385 declara, en su art. 19°, que “mediante el procedimiento de declaración de inconstitucionalidad regulado en este Título, el Tribunal garantiza la primacía de la Constitución” y continúa repitiendo sustancialmente la declaración contenida en el art. 298° constitucional; en su art. 22°, que “la declaración de inconstitucionalidad se promueve mediante la acción correspondiente”; en su art. 24° repite el tenor del 299° constitucional; en su art. 26°, que “el Presidente de la República, con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros, designa a uno de sus Ministros para que plantee la acción de inconstitucionalidad y lo represente en el proceso. Los Senadores o Diputados actúan en el proceso mediante apoderado nombrado al efecto. La Corte Suprema de Justicia, previo acuerdo de Sala Plena, lo hace por intermedio de uno de sus miembros, quien lo representa en el proceso. Etcétera. Su artículo 28° dispone que “la demanda debe contener los datos de identidad de los órganos o personas que ejerciten la acción y su domicilio legal”; y su art. 29°, a las certificaciones que se deben acompañar a la demanda en los variados casos referidos. Es, pues, indiscutible que el Tribunal no puede declarar de oficio la inconstitucionalidad de una de las normas específicas señaladas en la Constitución y en la ley; y que, para hacerlo, requiere de una acción de esa naturaleza ejercitados por los únicos y exclusivos titulares designados por ellas. Por razón de lo dispuesto en el artículo 213° de la Constitución, el Presidente de la República, como titular de la acción, requiere del acuerdo aprobatorio del Consejo de Ministros expresado como lo dispone el art. 218° constitucional y a la Sala Plena de la Corte Suprema, reunida con el quórum a que se refiere el art. 127° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, acordar el ejercicio, de la acción. En los otros casos es evidente que la titularidad de la acción corresponde, conjuntamente, a los 60 Diputados, 20 Senadores o 50,000 ciudadanos y no a menos; y, que este número mínimo se requiere no sólo al momento en que el Tribunal resuelve sobre su admisibilidad según lo dispone el art. 30° de la Ley 23385, pues podría darse el caso, hipotético pero no imposible, de que el proceso continuara de oficio hasta expedirse

sentencia, no obstante haber retirado su firma todos los senadores o diputados que suscribían la demanda, lo que no está permitido por el art. 298, inc. 1° de la Constitución. Porque los 20 senadores o los 60 diputados requeridos para la procedencia de la acción no constituyen una litis-consorcio activa, a que se refiere el art. 249° del Código de Procedimientos Civiles, porque en ésta se acumulan “las acciones que varias personas tienen contra una” y, en el caso, la acción es una sola —la de inconstitucionalidad—. Escribe al respecto Hugo Asina: “Ordinariamente la relación procesal se desarrolla con la presencia de dos sujetos, que actúan uno como actor y otro como demandado, pero es frecuente que varias personas se reúnan para litigar contra un deudor común o que el actor deduzca su acción, contra varios demandados y aun es posible que varios actores litiguen conjuntamente contra varios demandados. Llámase acumulación subjetiva de acciones esta figura del proceso en que la relación procesal se desenvuelve con la presencia de varios sujetos, la que puede asumir tres formas distintas: acumulación activa (pluralidad de actores), acumulación pasiva (pluralidad de demandados), acumulación mixta (pluralidad de actores y demandados)”, agrega más adelante “El fundamento de la acumulación subjetiva es doble: 1°) Responde a un principio de economía procesal en cuanto varias demandas unidas en un solo procedimiento exigen una actividad mucho menor que si fueran examinadas y decididas en juicios separados. 2°) Tiende a evitar el escándalo jurídico que resultaría de sentencias contradictorias, sustituyendo las decisiones separadas de Jueces diferentes por una sola decisión de un juez único”. —Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, Tomo I, páginas 324-325—. Más complejo es el llamado litisconsorcio necesario, como lo enseñan Enrico Redenti en su “Derecho Procesal Civil”, tomo I, páginas 234 y siguientes, traducción de Niceto Alcalá Zamora y Castillo, Buenos Aires, 1957, y el profesor de la Universidad Libre de Bogotá, Hernando Devis Echandía, en sus Nociones Generales de Derecho Procesal Civil, página 380; pero en todo los casos se trata de personas vinculadas, entre sí, por “la litis”, con acciones que se ejecutan conjuntamente o que entran al proceso facultativa o necesariamente. En cuanto a la figura procesal, que nos ocupa Los últimos procesalistas italianos, con Carnelutti a la cabeza, han desarrollado la doctrina de la “universitas” —la “universalidad”—; distinguiendo la “universitas rerum” —“universalidad de cosas”— como, por ejemplo: “la Biblioteca de donde José de la Riva Agüero” —que ya no es tal si se divide—; el inventario general a que se refiere el art. 37°, inc. 1, del Código de Comercio; la herencia asegurada del art. 1256 del Código de Procedimientos Civiles; —“la hacienda comercial” y “el fondo de comercio” de las legislaciones suiza, italiana, argentina—; y las “universitas personarum” o “universalidad de personas” en que varias de éstas vinculadas por un interés común y por mandato legal, son todas, como conjunto, como “universalidad”, las titulares de una acción. Universalidad que debe darse no sólo al formular la demanda o resolverse su admisión, sino continuar, cuando menos en su mínimo legal, durante

todo el proceso, hasta la extinción de la acción, hasta la sentencia, que es el modo ordinario como se extingue. El retiro de su firma por uno o varios miembros de la “universitas personarum” no es, por cierto, un desistimiento, pues por éste, como dice el art. 261° del Código de Procedimientos Civiles, “se separa expresamente el litigante del juicio, recurso o medio de defensa pendiente y que ha sido interpuesto por él”. “El litigante” a que se refiere la norma trascrita es el titular de la acción o del recurso o medio de defensa; y, como el titular es la universalidad de personas en el caso comentado, para que hubiese desistimiento se requerirla que todos sus integrantes y no sólo uno o varios- lo formularan, se desistiesen expresa y formalmente. Los aludidos procesalistas italianos lo distinguen, por esto, de lo que llaman “el decaimiento de la acción”, en el sentido que a “decaer” le da el Diccionario de la Academia: “ir a menos; perder alguna persona o cosa alguna parte de las condiciones o propiedades que constituían su fuerza, bondad, importancia o valor”. En razón de este “decaimiento” la acción ya no puede continuar aunque todavía no se extingue, para lo que se requiere de sentencia que así lo declare. Por lo mismo, producido el “decaimiento de la acción” por no reunir ya la demanda el requisito procesal de “calidad” de la acción —la “legitimatio ad causam” de los romanistas— no es con una resolución interlocutoria —con una de previo y especial pronunciamiento— sino con una sentencia como debe resolverse la situación producida. Incluso porque “el decaimiento” puede resultar de un hecho natural, como la muerte o la incapacidad sobre viniente de uno de los miembros de la universalidad, o por acto voluntario, como el que se ha dado en el caso de autos porque, principalmente, la “universitas” se puede reconstituir, si los que retiran su firma, o han muerto, o han devenido incapaces son sustituidos por otros que ocupan su lugar y hacen suya la demanda.

Alternativamente y atendiendo ya al fondo de la cuestión jurídica planteada, la demanda es infundada en sus dos extremos. Lo es en cuanto a la inconstitucionalidad del artículo 2° de la Ley 23321 porque: a).- La Libertad de Prensa, como toda otra libertad, no es absoluta. El propio inc. 4 del art. 2° de la Constitución, invocado por los demandantes, declara que ella se ejerce “bajo las responsabilidades de ley”. Por esto se ha dicho, elocuentemente, que “mi derecho acaba donde principia el derecho de mi vecino y que “responsabilidad es anarquía”. b).- El ordenamiento jurídico, como un todo orgánico, declara y protege igualmente la libertad prensa como el honor y la buena reputación, la intimidad personal y familiar y la propia imagen —Const. art. 2 , incisos 4 y 5; Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículos 1o, 2o, 7o, 8o, 12°, 19°, 29 , 30 , Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts. 17°, 19°; Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica, artículos 1o, 2o, 11°, 13°, 14°, 25°, 30°, 32°— c).- El “acto típico, antijurídico y culpable” del artículo 328° del Código Penal, concebido hace más de 60 años, había devenido

incompleto en relación con el desarrollo alcanzado por los medios de comunicación social. El “tipo”, constituido por provocar a duelo, amenazar injuriar “o de cualquier manera” ofender la dignidad o el decoro de un funcionario público a causa del ejercicio de sus funciones o al tiempo de ejercerlas, aparentemente dejaba fuera el desacato cometido por medio de la televisión. Si por manera” hay que entender, como explica el Diccionario de la Academia, el “modo y forma con que se ejecuta o acaece una cosa”, parecería que “el tipo” no incluía los medios de comunicación social”, en general, la televisión, en particular. Ciertamente que la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema ha establecido expresamente que también se comete el delito mediante publicaciones periodísticas —lo que guarda conformidad con la doctrina general del desacato—, pero es preferible, en materia penal, que la interpretación y la doctrina se consagren en un texto legal. d).- El desacato del artículo 328° es delito distinto de los delitos contra el honor de los artículos 186° a 188° del Código Penal. Como lo ha establecido la Corte Suprema y reesulta de los correspondientes textos legales “para que exista delito de desacato es requisito indispensable que la ofensa al funcionario se produzca a causa del ejercicio de sus funciones o al tiempo de ejercerlas. Fuera de estos casos constituye delito contra el honor”. e).- El artículo 2° de la Ley 23321 dispone agregar al artículo 328° del Código Penal el párrafo siguiente: “Si el delito fuese cometido mediante un órgano de comunicación social, la pena será de prisión no menor de seis meses”. Por consiguiente sólo pone un tope mínimo a la pena, cuyo máximo es de un año, según el párrafo primero del artículo citado. A nadie se le puede ocurrir, en verdad, que la pena queda indeterminada hacia arriba, si tiene en cuenta el aludido párrafo primero y los artículos 2°, inciso 20, parágrafo d) de la Constitución Política y 2° del Código Penal, consagradorios del clásico principio “nulla poena sine lege”. Si no lo pusiere ese tope mínimo, éste sería el de dos días, conforme al artículo 14° del Código citado. Elevación de la pena mí misma que se explica por la repercusión, la difusión, la trascendencia, la durabilidad que tiene el desacato cometido - por medio de un órgano de comunicación social en relación con el cometido mediante la palabra, el simple escrito, el gesto producido en presencia del ofendido o de terceras personas reunidas circunstancialmente. f).- En todas partes la libertad de prensa está sujeta a responsabilidades -administrativas y penales. En la República de Alemania Federal, por ejemplo, el art. 5 de su Constitución declara: “1).- Cada cual tiene derecho a exteriorizar y difundir libremente su opinión mediante la palabra, el escrito y la imagen y a informarse, sin impedimentos, de fuentes generalmente accesibles. Se garantizan la libertad de prensa y la libertad de información por la radio y el cine. No hay censura previa. 2).- Estos derechos tienen sus límites en los preceptos de las leyes generales, en las normas legales de protección de menores y en el derecho al honor personal”. Fundamentando esta disposición general se ha escrito: “Una libertad ilimitada de prensa daría lugar a que derechos de otros, equivalentes o de valor superior, o intereses de la generalidad, pudieran ser lesionados

por publicaciones en periódicos y revistas”. “En el Derecho Penal Alemán hay otras leyes que limitan la libertad de prensa. El llamado “Derecho Penal Político” pretende proteger al Estado frente a la traición a la paz (incitación a la guerra de agresión), alta traición y puesta en peligro del Estado democrático de derecho, traición a la patria y peligro para la seguridad exterior (mediante la traición de secretos de Estado). No son admisibles las publicaciones que incurren en estas figuras de delito”. Según el artículo 131º del Código Penal Alemán incurre en conducta punible “quien describe en escritos violencias contra personas de modo cruel o de cualquier otro modo inhumano y con ello expresa una sublimación o una atenuación de tales violencias, o bien incita al odio racial o lo propaga”. Su artículo 88º conmina con pena “la recomendación anticonstitucional de delitos. Es igualmente punible la inducción a delitos, según su artículo 130ºa. Ambos preceptos han sido introducidos por la 14º Ley de Reforma Penal de 22 de abril de 1976, en el curso de las llamadas “leyes anti-terror”.

En cuanto al segundo extremo de la demanda -la inconstitucionalidad del art. 6º del Decreto Legislativo 46 la solución es clarísima. No puede ser inconstitucional, en efecto, la disposición legal que sanciona con pena privativa de la libertad a quien “incitare a un número indeterminado de personas para que cometan cualquiera de los actos que conforman el delito de terrorismo” mediante la imprenta, la radio, la televisión u otro medio de comunicación social”. Tal incitación -palabra de tan claro significado que no hay necesidad de examen especial- repugna a cualquier conciencia moral y, por lo mismo, no puede quedar impune. Por estas consideraciones mi voto es porque, alternativamente, se declare que, habiendo decaído la acción porque con el retiro de la firma de uno de los 20 senadores que constituía la universalidad de personas que era titular de ella sin que hubiese sido reemplazado por otro senador hasta el momento de la presente sentencia, el proceso no puede continuar por falta del requisito procesal de la falta de “calidad” o “legitimatío ad causam”; y si esta tesis legal prosperase por no reunirse el número de seis magistrados conformes, se declare infundada la demanda en todos sus extremos.

124

SILVA SALGADO

Se publicó conforme a ley:

Lo certifico;

Manuel Visalot Chavez.

Secretario Relator.

**VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO DOCTOR MARIO
PELAEZ BAZAN, EN LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD
INTERPUESTA POR 60 SENADORES DE LA REPÚBLICA CONTRA
EL ART. 2 DE LA LEY No. 23321 DE 20 DE NOVIEMBRE DE 1981 Y
CONTRA EL ART. 6° DEL DECRETO LEGISLATIVO No. 46 DE 10 DE
MARZO DEL MISMO AÑO.**

Disintiendo con el Voto de los demás señores Magistrados, el Voto del suscrito es porque se declare **FUNDADA LA ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD** interpuesta por Veinte Senadores de la República:

A.- Contra el Art. 2° de la Ley 23321 de 20 de noviembre de 1981, y cuyo texto dice:

“Art. 2°.- Agréguese al Art. 328 del Código Penal el párrafo siguiente:

“Si el delito fuese cometido mediante un órgano de comunicación social, la pena será de prisión no menor do seis meses”.

El Art. 328 del Código Penal antedicho establece:

“Art. 328 del Código Penal.- El que provocara a duelo, amenazare, o de cualquier manera ofendiera la dignidad o el decoro de un funcionario público a causa del ejercicio de sus funciones o al tiempo de ejercerlas será reprimido con prisión no mayor de un año o multa de la renta de tres a treinta días” y

125

B.- Contra el Art. 6° del Decreto Legislativo No. 46 de 10 de marzo de 1981, que legisla el llamado delito de **terrorismo**, y cuyo texto dice:

“Art. 6°.- El que mediante la imprenta, la radio, la televisión y otro medio de comunicación social **incitare** a un número de personas para que cometan cualquiera de los actos que conforman el delito de terrorismo, será reprimido con penitenciaría no menor de cuatro años ni mayor de ocho años y otro

El art. 1° del Decreto Legislativo 46 llamado “Ley de Terrorismo”, establece:

“Art. 1°.- El que con propósito de provocar o mantener estado de zozobra, alarma o temor en la población o un sector de ella, cometiere actos que pudieran crear peligro para la vida, la salud o el patrimonio de de las personas, o **encaminados** a la destrucción o deterioro de edificios públicos o privados, vías y me dios de comunicación o transporte o de conducción de

fluidos o fuerzas motrices u otros análogos, valiéndose de medios capaces de provocar grandes estragos o de causar grave perturbación de la tranquilidad pública o de afectar las relaciones internacionales o de seguridad del Estado, será reprimido con penitenciaría no menor de diez años ni mayor de 20 años.

A.- En cuanto al Art. 2° de la Ley 23321 que manda agregar al Art. 328 del Código Penal el párrafo también transcrito, nuestro pronunciamiento es favorable a la demanda o acción de su Inconstitucionalidad; en base a estos fundamentos:

1°.- Porque si la figura delictiva del Desacato, aún para el extremo y el sentido del párrafo agregado, está prevista y sancionada por el Art. 328 del Código Penal en los términos cuyo texto acabamos de transcribir, resulta indiscutible que dicho “párrafo agregado” está demás, y, que, a la luz de la más simple reflexión lógica, no se explica sino como que ha sido concebido con un fin premeditado, distinto al de una necesidad o reclamo de orden estrictamente técnico - jurídico - constitucional- y ese fin no es otro que abrir una puerta para que la sola idea de ser denunciado, acalle y mate el derecho a fiscalizar que cumple la prensa.

126 2°.- Porque para satisfacer esa necesidad y a la propia significación gramatical, en función del sentido y alcances del precepto transcrito, “o de **cualquier manera...**”, no puede ni debe dejar de interpretarse y entenderse como otro medio de consumir el delito, o sea pues que “o de cualquier manera” comprende también el de poderlo perpetrar a través de un medio de comunicación social. Y antes bien, la expresión glosa da, no limita la clase de instrumentos de delito, como más bien lo hace el “párrafo agregado” al enumerarlos, porque además de los que trata, los hay sonoros, audiovisuales, escritos, etc., y, lo que fundamentalmente intereza para que se de el Desacato es que la ofensa al funcionario público tenga como causa el ejercicio de sus funciones o que se produzca al tiempo de ejercerlas.

3°.- Porque si la pena máxima que señala el dispositivo penal transcrito —el Art. 328° del Código Penal—, para el Desacato, “**sera no mayor de un año**”, no puede admitirse, en rigor de una graduación punitiva científica y legal, que para el nuevo extremo punible o modalidad delictiva, contenido en el párrafo agregado”, se estime **seis meses de prisión como el mínimo de la pena**. Si no se tratara de una nueva modalidad delictiva, o de una nueva infracción penal, como se insinúa confusamente, se habría conservado, en todo caso, la dosimetría de solo la “multa de dos a treinta días” que prevee dicho Art. 328°; y, siéndolo —o sea una nueva creación o modalidad delictiva—, carecería del extremo punitivo —que no lo tiene—, y el que en ningún código penal puede faltar.

4º.- Porque siendo lo anteriormente expuesto la interpretación técnico-penal que corresponde al Art. 328º del Código Penal y del “párrafo agregado”, es incuestionable que la inspiración o el móvil de este último, —aquel objetivo premeditado—, no habría tenido otra fuente ni sido otro su propósito:

- a) que encontrar y consagrar una herramienta o medio de coacción, de intimidación permanente, de “espada de Damocles”, contra el propio derecho, y su ejercicio, a la libertad de opinión, expresión y difusión del pensamiento, al que la Constitución en el inciso 4) de su Art. segundo protege, sin cortapisas ni ambages, bajo responsabilidad de ley”. Parte esta última que es lógico y legal interpretarla como una conminación a quienes lo negaran o vulnerasen de algún modo, puesto que el amparo que ofrece el precepto constitucional antedicho es total y sólo referido a tan sagrado derecho;
- b) que contar con una herramienta en sí y de por sí intimidatoria contra quienes osaran expresar -y nadie más en su mira, y peligro consiguiente, que los periodistas y escritores y cultores de los medios de comunicación, valiéndose de éstos, una idea, una noticia, un comentario, una crónica, una crítica, opinión o juicio, por sencillos e inofensivos que en esencia fueran. Bastaría el ánimo prejuicioso, mal intencionado, o vengativo o avieso de alguien que se creyera ofendido, para someter a su autor a los rigores, daños y tormentos que significa una denuncia y su secuela penal. Con el agravante de que si llegara a conocer de ésta un juez arbitrario y solícito a influencias y presiones, el procesado quedaría expuesto a que el juicio dure el máximo de tiempo y, acaso termine con una sentencia condenatoria no menor de seis meses. **y cuanto de máximo que supone toda pena?**

Ahora, si del mismo “párrafo agregado”; —como a ello hay que llegar—, se infiere que su propósito es servir al funcionario público procurándole de antemano el mejor medio de inminente y declarada intimidación contra quien pretenda criticar, opinar o informar su conducta a causa del ejercicio de su cargo o al tiempo de ejercerlo es indudable que se ha establecido una especie de sutil censura anticipada, dándose así legitimidad a una forma sublimada de dictadura dentro de un régimen identificado como democrático. Todo lo cual excluye que el objetivo de la norma observada -alegado por sus autores-, sea cautelar legítimamente la conducta del funcionario, máxime si existen diversos recursos, desde el de Rectificación, y acciones legales aplicables a infracciones de prensa y de comunicación masiva, leyes específicas sobre la materia y el mismo Código Penal, que las prevenen y sancionan regular y legalmente.

Lo que es más, la pretensión de cautelar el honor o la reputación del funcionario, olvida que los delitos contra el honor se hallan previstos y sancionados - por los arts. 186° y siguientes de la sección Segunda del Código Penal, Y que, si se trata de crear con dicho “párrafo agregado” un agravante para el delito de Desacato, se habría desnaturalizado la tipificación -la identidad propia- delictiva de esta infracción, puesto que la condición sinecuanum para que se produzca o tenga lugar, no es otra que el ofendido sea un funcionario público en actividad, lo que excluye que pueda ser cometido por ningún medio de comunicación, tal como lo preceptúa y tipifica netamente el Artículo glosado “sin la particularidad con que se destaca el “párrafo agregado”, y en perjuicio evidente de quienes, profesional u ocasionalmente, dan a conocer, transmiten o formulan opiniones, ideas, informes, críticas, etc. y que de algún modo pueden comprometer y cuestionar a tal o cual funcionario. Cuando tratándose de aquél derecho **a la libertad de pensamiento, informacion, opinion y difusion de éste, sin previa autorizacion, censura ni impedimento algunos**”, —inc. 4° del Art. 2 de la Constitución—, su ejercicio libre, franco y responsable cumple más bien una labor social altamente positiva y respetable y que, aún siendo agresivo y perjudicando intereses privados, resulta más importante que éstos mismos cuando lo hace al servicio y en defensa de la ley, la moral y el bien públicos. El otro extremo —aquel que propugna el tantas veces citado “párrafo agregado”— no importa otra cosa que recortar, restringir, por medio de su intimidación, uno de los más sagrados derechos del hombre civilizado.

128

Lo expuesto, demuestra pues que el “**párrafo agregado**” al Art. 328° del Código Penal, resulta una manifestación evidente de abuso del Poder Gobernante, absolutamente contraria a la Constitución y, por ende, al Estado de Derecho en general, porque -repetimos contradice uno de los derechos fundamentales del hombre, sin el cual no sería tal la **libertad del pensamiento**.

B.- Ante todo, y para que no se tergiverse o interprete mal la posición personal y la jurídico-Constitucional, que corresponde al suscrito, frente al llamado delito de **TERRORISMO**, sentamos como premisa que rechazamos y condenamos con la máxima severidad todos los actos, medios y métodos execrables de muerte y destrucción que comporta aquel flagelo y que, por **ésto** misino, debe ser tratado con toda energía, oportunidad y eficacia.

Empero, la reprobación que nos merece semejante flagelo, no puede ni debe llevarnos —muchos menos a los jueces—, al extremo, igualmente condenable, de recurrir para su tratamiento, a la ley de la caverna, a la ley de Talión “de ojo por ojo y diente por diente”, ni a la venganza, que siempre es ciega, cruel, que enferma y omnubila la conciencia y no permite legislar, ordenada, eficaz y cien-

tíficamente, el control y la sanción indispensables para hechos de tanta gravedad y de orígenes y motivaciones tan diversos.

Es que resulta imperioso elevar el espíritu sobre la materia corruptible a fin de que, como seres superiores podamos establecer en forma definitiva un ordenamiento formal y de bien, sin olvidar la suprema categoría y respetabilidad de que son dignos el **DERECHO** y la **LEY** en su intrínseca significación de valores vitales; el Derecho como patrimonio fundamental de la persona humana, aún del más avesado delincuente, y, la ley como exigencia ineludible impuesta por la sociedad dentro de un Estado de Derecho.

Bajo tal criterio, y en resguardo de la **supremacía de la Ley de Leyes** —la Constitución—, mi voto es porque, asimismo, se declare **FUNDADA** la Acción de Inconstitucionalidad promovida por 20 Senadores de la República, contra el Art. 6 del Decreto Legislativo No. 46 que legisla el terrorismo, **declaración de inconstitucionalidad que, de conformidad con el art. 40° de la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales, debe extenderse y comprender igualmente, por la conexión e interdependencia recíproca entre los dispositivos que conforman y legislan la infracción tipificada en su art. 1° , como delito de terrorismo, a todos y cada uno de esos dispositivos.** Pues, a pesar de que la demanda ha omitido, lamentablemente, plantear la inconstitucionalidad total, admitiendo implícitamente el mal mayor, o sea la raíz misma de éste —que es el que crea y tipifica la infracción principal y sus modalidades y de las que deriva su docimetría— penal correspondiente, creemos de nuestro deber emitir un Voto en la extensión y sentido expresado, porque realmente el Decreto Legislativo, aparte de que desconoce y mistifica los principios básicos de la penalidad moderna, en algunos casos, **vulnera claros y expresos imperativos constitucionales, como pasamos a demostrarlo:**

- 1.- En primer lugar nos basta leer el Art. 1° del Decreto Legislativo impugnado que es el que tipifica el llamado “delito de terrorismo”, ya transcrito en página anterior, y luego el Numeral 264 del Código Penal, para darse perfecta cuenta que en el fondo el delito —con más o nos palabras y mejor calificado— el delito es el mismo que éste tipifica así:

“Art. 264.- El que, intencionalmente y con empleo de explosivos y pusiere a sabiendas en peligro la vida o la salud de las personas o la propiedad de otro, será reprimido con penitenciería mayor de diez años”.

La pena no será menor de cinco años, si el delincuente hubiera hecho empleo de bombas.

Comparación de la que aparece como única diferencia entre la primera y la segunda disposición primero, la circunstancia de que aquélla —la del Decreto Legislativo— no permite apreciar con exactitud el bien jurídico que protege: si lo es la seguridad pública o, los objetivos jurídicos más valiosos del hombre, como la vida, la salud, la propiedad —que son los que deben serlo— y, segundo, la que establece que el actor, al perpetrar el delito, actúa”... **con el propósito de provocar** o mantener un estado de zozobra, alarma o terror en la población o un sector de ella... “O sea que para ese dispositivo el primer elemento constitutivo del terrorismo es el subjetivo, lo cual resulta contrario al esfuerzo y acierto de la ciencia penal moderna, que tras siglos viene conquistando la objetividad máxima en sus elementos de tipificación del delito, tanto como en las de la prueba, a fin de que aquella, ésta y la penalidad operen prescindiendo, cada vez más, de consideraciones meramente subjetivas, que, en la mayor parte de casos, originan sanciones indebidas o injustas, y con mayor razón tratándose de la zozobra, la alarma, que envuelven estados subjetivos por eminencia y, que por eso mismo, no es posible establecer.

El terrorismo, como lo afirman eminentes sociólogos y criminalistas, es un fenómeno-flagelo humano muy complejo, de naturaleza multiforme-ofensivo, que nunca fue un movimiento de masas sino de acciones sanguinarias de pequeños grupos, mayoritariamente juveniles, sobre los que gravitan no precisamente razones de índole ideológica sino una asimilación insana, tormentosa y anárquica de una suma de violencias acumuladas en los tiempos difíciles de la humanidad, junto a desórdenes incurados que hacen gozar a quienes los padecen, con la sangre, el daño, la muerte y la ferocidad de sus propios actos, factores a los que, por cierto, se agregan otras circunstancias puramente accidentales. Los fanáticos que lo practican son pequeños grupos de hombres y mujeres extraviados en huida permanente, a los que sin duda se protege desde el exterior, puesto que de otro modo no se podría explicar la duración y eficacia de la coordinación y estrategia logística que demuestran.

El terrorismo, sin duda alguna, es pues un fenómeno-flagelo muy complejo, difícil, y, por ello mismo imposible de tipificarlo, mucho menos en un solo dispositivo. Es que para los efectos de una penalidad adecuada y su amparo - constitucional, no es factible una definición global que pueda reunir todos y cada uno de los múltiples actos que comprende, real o aparentemente iguales, semejantes o de parecidas características de terrorismo. A parte de que no siempre la violencia, el motivo social o político, son sus características y pueden darse casos en que apenas lo integran uno o dos de aquellos actos o de aparente características similares, lo que excluiría —y excluye— el delito en sí, tal como lo tipifica el Art. 1 del Decreto Legislativo 046, así como que baste una sola medida punitiva para todos

los casos. De allí que, haberlo legislado así, aprovechando el amparo de la ley de facultades delegadas al Poder Ejecutivo Por una mayoría parlamentaria que le es afín, y sin los rigores de estudio, tratamiento, informes y consultas técnicas y populares, debates y dictámenes legislativos previos —que son los que requiere una ley— mucho más las que interesan a la vida, la salud, la propiedad, la seguridad y tranquilidad de las personas y a la propia vigencia del Estado de Derecho, ha sido un gravísimo error. Lo prueba la ausencia hasta hoy de todo - resultado positivo. En el fondo más bien parecería que significara una especie de subversión oficial contra el ordenamiento jurídico normal y democrático, tan indispensable para los países civilizados y de preferencia para los subdesarrollados, como el nuestro. Y es una lástima que aquel error no haya quedado en sus efectos circunscrito a su propio ámbito de origen, sino que esté jugando un rol ineficiente y contrario a sus mismos fines y a los mandamientos de la propia ley fundamental. Porque si pudo admitirse que su art. 109 reclamaba un instrumento legal para tipificarlo y, a la vez, legislarlo, el adoptado no era precisamente —por lo que acabamos de sostener y en acatamiento al principio de legalidad consagrado en el Art. Segundo, numeral veinte, inc. d) de la misma Constitución—, el medio ni la forma o la solución más indicada. No debió ser la que se adoptó, que si se puede hallar en ella algún interés científico y patriótico, y arto espíritu de auto-suficiencia, no estuvo - debidamente orientada, porque no tomó en cuenta y se apartó del cuidado y respeto que merecen aquél precepto constitucional y la misma corriente penal moderna que postula, desde el más elevado plano internacional, la necesidad de considerar a los actos de **terrorismo como delitos comunes, e indispensable tratarlos como tales dentro de una codificación penal ordinaria** y no —como se deja dicho— en meros decretos-Leyes o Decretos Legislativos, más propios de Gobiernos de facto.

El Decreto Legislativo No. 46 por los fundamentos expuestos, **no califica en su Art. 1º, de manera expresa e inequívoca los actos que comprende como infracciones punibles**, como lo exige clara e imperativamente la Constitución del Estado en el dispositivo transcrito, tal como lo hace, en cambio, nuestro Código Penal en sus Secciones 7a. y 8a., al preveer de modo técnico y exacto la protección independiente para todos y cada uno de los bienes jurídicos que comprenden sus descripciones pertinentes y al diferenciarlos científica y eficazmente uno de otro. Así, si los bienes jurídicos son la vida, el cuerpo y la salud, los delitos y su debida protección contra ellas, estarán —como lo están— dentro del Art. 150 y siguientes de la Sección respectiva y, si el bien jurídico es la seguridad o tranquilidad públicas, lo estarán —como lo están— dentro de las secciones 7a. y 8a. de nuestro Código Penal. Es decir pues que la calificación previa de los actos

como delitos, es expresa e inequívoca. Principio básico inexistente en la norma impugnada y, por tanto, contraría al espíritu y texto del precepto constitucional glosado.

Al respecto, vale relevar como especulación atinente, y en abono de lo que sostenemos, que nuestro Código Penal es en esencia y forma casi una repetición literal del Código Penal Suizo actual, acaso el más avanzado de su clase; sin embargo, cuando se trató de revisar su Parte Especial —que contiene entre otras las; disposiciones del nuestro, sobre las que nos ocupamos—, la Comisión de Justicia, de notables expertos, nombrada para aquel efecto, en su Informe de 2 de abril de 1979, al Concejo Federal, concluyó manifestando que no era preciso modificarla.

Lo que también pudo ser para nosotros, aceptándola con humildad, una lección muy provechosa; no habríamos tratado de inventar nada de ello ni variado infelizmente, nuestra, dentro de la cual —como ya dijimos— se prevee, tipifica y sanciona de manera expresa e inequívoca, todas las figuras delictivas que alcanza a considerar, confusa, imprecisa y deficientemente, el tantas veces citado Decreto Legislativo 046.

132

Tratándose específicamente de la Acción de Inconstitucionalidad contra el art. 6° de dicho Decreto Legislativo, referido al llamado “Delito de Incitación”, en realidad poco o nada resta que decir, si ya se ha demostrado que la semilla que lo origina, el art. 1°, adolece de inconstitucionalidad insalvable. Sin embargo, servirá aducir además algunos otros fundamentos específicos que justifican nuestro voto favorable a su cuestionamiento y declaración en sentido semejante:

1°.- Nada enseña y convence de las virtudes o defectos de una cosa o de un concepto como su comparación analítica, de fondo y forma, con los que se contraponen o le dan origen. Veamos, si tratándose del llamado “delito de terrorismo” éste se configura con todos los actos que señala; pues no dándose todos, en la “Incitación”, ésta dejarla de ser jurídicamente una de sus modalidades. No sería delito de Incitación al Terrorismo. La contradicción y confusión derivadas de la descripción y calificación impropias, contravienen el precepto Constitucional, que exige e impone todo lo contrario.

2°.- El Art. 22, inc. 4, de la Constitución prescribe taxativamente **que los delitos de prensa se tipifica en el Código Penal**, lo que se ha infringido en este caso al legislarlo en un simple Decreto Legislativo, el que por su mismo origen carece de los rigores del control democrático legislativo y no se libra de ser conceptualizado peyorativamente como oficialista, de menor jerarquía e importancia que cualquier otra ley, y sin mayor autoridad.

3º.- Mas, si esto es verdad y del control de esta verdad no podemos escapar, lo evidente también en este caso, es que ninguna ley, y mucho menos un Decreto Legislativo, está —ni puede estar— por encima de los mandatos de la Constitución. Pues, si ésta dispone en su art. 2º inc. 4, párrafo 2º que **“los delitos cometidos por medio del libro, la prensa y demás medios de comunicación se tipifican en el Código Penal y se juzgan en el fuero común”**, hay que admitir que su mandato es excluyente de todo otro modo de cumplirlo y, singular, por la misma importancia que sus autores Constituyentes reconocieron, con especial relevancia, a los medios de garantía para ese tipo de infracciones. Mandato claro, conciso e imperativo que no admite variarlo en ningún sentido por sutil y audaz que fuera la interpretación que se le dispense, precisamente —y valga la repetición— porque se trata de infracciones que para su calificación, y penalidad requieren la observancia de exigencias constitucionales y técnico-legales máximas, que no se debe dejar de cumplir cuando se trata de las que han de dar origen a instituciones y regímenes, definiciones y construcciones conceptuales verdaderamente trascendentales como la del presente tema, **dentro del cual está nada menos que el supremo derecho a la libertad de pensamiento.**

Si de esa libertad se trata y la Constitución manda dentro de un Régimen de Derecho, reconocerle un trato y una ubicación determinados, resulta ineludible su cumplimiento y ninguna otra voluntad ni ley, pueden suplantarla. Su Supremacía es absoluta e irrefutable. Y doctrinariamente, sabemos también por eminentes tratadistas y profesores como Bettioll, Recasses Siches, que “la correcta interpretación - creadora de la Constitución debe ser literal”. Consecuentemente, el mandato -imperativo constitucional, ha sido contradicho y vulnerado. Por lo que el dispositivo que lo ha hecho -y lo hace- deviene absoluta y definitivamente inconstitucional.

A lo dicho, en abono de nuestra tesis, no podemos omitir el deber de relevar que la causa de las violaciones constitucionales, que contiene el Decreto Legislativo 046, aparte de su naturaleza eminentemente político-social, se encuentra también en el prurito de la prescindencia lamentable que se hace de todo lo nuestro, igual que en el desconocimiento absoluto histórico-científico-penal, de los elementos básicos constitutivos de cada una de las figuras delictivas, contenidas y tratadas con sabiduría, precisamente, en las secciones Séptima y Octava de nuestro Código Penal vigente; a las que, si se hubiera tenido en cuenta en este caso habría evitado una legislación especial innecesaria. Pues como lo sostienen reconocidos tratadistas y maestros de Derecho Penal y en general, quienes conocen el tema, **bastaba atenerse a las descripciones típicas de dichas secciones con solo incluir algunos matices y la docimetría punitiva indispensables.**

a) Pues, satisfaciendo nuestro propósito complementario antedicho, observamos que el llamado “delito de Incitación al terrorismo” en esencia es atentario a un régimen legítimo de garantía penal y a la propia Ley de Leyes, porque contra aquella infracción impugnada recae la pena que señala el Art. 6º, tengan o no ejecución cualquiera de los actos objeto de la misma, lo cual resulta contrario al criterio moderno de la justicia penal observada desde épocas pasadas, en la Antigua Roma, la Edad Media y hoy mismo en la Contemporánea, exculpando de pena cuando la Instigación al crimen carecía o carece de efectos o no llega a ser siquiera una tentativa. A lo que tendríamos que agregar que la “innovación” ha traído una dualidad de Incitaciones; una, para incitar acometer el “delito de terrorismo” y, otra, la Provocación, para decidir a realizar cualquiera otra infracción. De modo que en el primer caso, se tendrá que aplicar el Art. Sexto del Decreto Legislativo 046 y, en el Segundo, el Art. 282 del Código Penal. Por eso la técnica jurídica Penal señala también que era innecesaria la creación del dispositivo impugnado, porque el presupuesto del artículo penal antedicho es elástico e integral, lo certifica su propio vocablo “provocación”. Dualidad que resulta adversa y contraria al mismo espíritu de ley y al derecho en juego. Innecesaria porque, el Art. 282 prevé pues con mejor acierto técnico —repetimos— la Incitación pública. Esta encierra una fórmula amplia “que permite considerar como “Actos de Probación” a la incitación, como dar instrucciones” y, a juicio del eminente tratadista y catedrático francés Francisco Clerc, “a la Apología de un delito que se haya cometido: glorificar a los pables e incitar a otros imitarlos”.

134

Y al tratar de la **Apología** “de un acto de terrorismo, ya cometido, de la persona que hubiera sido condenada como su autor o cómplice” y que, siendo condenada, “será reprimida con penitenciaría no menor de tres años ni mayor de cinco años”, nuestro voto extensivo, ya enunciado, declarando: **que la inconstitucionalidad del Decreto Legislativo no. 046 impugnado, también comprende, por cierto, su art. 7º que la prevee, por el mismo fundamento sustantivo expuesto respecto de la “incitación”** contenida en el artículo anterior, o sea que en última instancia, en uno y otro caso, su fin es el mismo: **frustrar la libertad de ideas, creencias y comunicación pública de ellas**, que garantizan los incisos 3º y 4º del Art. 2º de la Constitución, **y porque es violatorio incluso del derecho al análisis y crítica de las sentencias judiciales, que faculta y ampara el inciso 7º del art. 233º de la misma Carta;** pues, conforme a semejante prohibición, que es violación manifiesta, no se puede ejercitar ni siquiera el derecho de defensa o el simple comentario respecto de quien hubiera sido condenado por actos de terrorismo, que en el fondo, y en todas partes, es un delito.

Creemos entonces que junto a una legislación codificada, científica, racional y enérgica, pero de respeto cabal a los Derechos Humanos que debe ser obra inmediata del Congreso de la República —y lo cual supone la extinción total el Decreto Legisla-

tivo 046—, precisa el desarrollo urgente de acciones de protección social auténtica que provean: trabajo, educación y salud, sobre todo en favor de las clases necesitadas y pobres, erradicando al máximo la miseria, la inmoralidad y la injusticia: única forma de combatir con eficacia tanto el terrorismo individual que padecemos inmisericorde, como el terrorismo de Estado —reconocido e incluido por el terrorismo Internacional— y que, también entre nosotros, adviene con caracteres alarmantes. Pues no se debe olvidar que el problema no consiste en sólo buscar y hallar la mejor solución la mejor solución represiva, sino de los fundamentalmente en realizar, dentro de los parámetros enunciados, la transformación integral positiva que demanda el país.

Setiembre de 1984.

DR. MARIO PELÁEZ BAZÁN

Se publicó conforme a ley:

Lo que certifico:

Manuel Visalot Chavez.

Secretario Relator.

**EL VOTO DEL MAGISTRADO OSWALDO RODRÍGUEZ MANTILLA
ES PORQUE SE DESESTIME LA DEMANDA EN SUS EXTREMOS,
POR LOS SIGUIENTES FUNDAMENTOS:**

CONSIDERANDO:

Que la demanda de inconstitucionalidad formulada por veinte Senadores, respecto al contenido de los artículos 2º de la Ley No. 23321 y 6º del Decreto Legislativo No. 46, constituyen dos extremos que deben ser resueltos separadamente dentro de la sentencia:

PRIMERO:

Se solicita se declare la inconstitucionalidad del artículo 2º de la Ley No. 23321 de veinte de Noviembre de 1981, que manda agregar al artículo 328º del Código Penal, el siguiente párrafo: “Si el delito fue cometido mediante un órgano de comunicación social, la pena será de prisión no menor de seis (6) meses”. Se alega que dicha disposición es contraria a las normas que contienen el inciso 4º del artículo 2º de la Constitución del Estado y que en el fondo trata de recortar esos derechos e intimidar o amenazar.

136

El artículo 328º del Código Penal, tipifica el delito de desacato y tal como estaba redactado —originalmente, no comprendía los medios de comunicación— social, respecto a los cuales la actual Constitución los norma y comprende y tal redacción es explicable, por cuanto el Código Penal que nos rige es muy anterior a la constitución actual.

El delito de desacato se configura, cuando de alguna manera se deshonra e injuria al funcionario público y se falta a los derechos que consagra el inciso 5º del artículo 2º de la Constitución, con respecto a la persona, en este caso revestido de la potestad de funcionario público.

La Libertad de información, opinión y difusión del pensamiento, mediante la palabra, el escrito o lo imagen, hecho por cualquier medio de comunicación social, que consagra el inciso 4º del artículo 2º de la Constitución, reconoce expresamente que dichos - derechos se ejercitan, **bajo las responsabilidades de la Ley**, y tales responsabilidades no estaban previstas en el contexto del artículo 328º del Código Penal; en cuya virtud, la adición que se hace íntegra la configuración del delito de desacato; quedando así dichos actos punibles comprendidos dentro del Código Penal y serán juzgados conforme a él por el fuero común; tal como lo establece la Constitución en el segundo párrafo del inciso 4º del artículo 2º; sin que de manera alguna tal agre-

gado contravenga o sobrevenga las normas constitucionales; muy por el contrario, al consagrar los derechos que contiene el inciso 4o del artículo 2° referido respecta al principio de razonabilidad, conforme al cual las leyes deben ser los medios adecuados (razonables) a los fines establecidos en la Constitución.

Por eso el constitucionalista argentino Juan Francisco Linares asigna al principio de razonabilidad, el carácter de garantía genérica, con mayor extensión que cualquier otro, ya que trasciende al Derecho Constitucional y vale para todo orden jurídico tal virtud, quien valiéndose de los medios de comunicación social, injurie o deshonre al funcionario público, debe ser sancionado de conformidad con la prescripción que contiene la adición que se hace al artículo 328° del Código Penal.

La Ley penal que siempre es punitiva, no requiere, ni busca recortar o disminuir los derechos reconocidos y consagrados por la Constitución, sino garantizarlos para evitar el abuso que de ellos pueda hacerse.

El artículo 328° del Código Penal prescribe que quien cometa el delito de desacato será reprimido con prisión no mayor de un año o multa de la renta de tres a treinta días” esto es, que establece el máximo de la pena a imponerse. Pero el agregado que se hace a dicha disposición legal, es para los casos en que el delito fuese cometido en uso de los medios de comunicación social, en cuyo caso la pena será **exclusivamente** la de prisión no menor de seis meses; sin que esto signifique que pase de un año, ya que el artículo 328 específicamente establece que el máximo será de un año; lo que conlleva a la convicción que - el Juez impondrá en estos casos la pena de prisión entre seis meses y un año, no pudiendo imponer la pena de multa.

El segundo párrafo del inciso 4° del artículo 2 de la Constitución dice: “Los delitos cometidos por medio del libro, la prensa y demás medios de comunicación social, se tipifican en el Código Penal y se juzgan en el fuero común”. Al agregarse al artículo 328° del Código Penal, la adición materia de la impugnación, lo que la Ley trata, es completar la percepción del delito de desacato y determinar que estos sean juzgados por el fuero común, en aplicación del Código Penal; lo que conlleva a la conclusión, que con ello no se vulnera la Constitución, sino mejor se subordina a ella en aplicación del principio de SUPRA, que hace posible la compatibilidad vertical en el ordenamiento jurídico, con mayor razón si las Leyes de imprenta que regían en el Perú hablan si do derogadas por que contravenían las normas de la actual Constitución.

La Libertad de expresión por los medios de comunicación social, quedan mayormente garantiza dos con la adición hecha; en cuya virtud, no puede entenderse como un recorte a la libertad de expresión, sino como una garantía a las libertades que consagra **la Ley de Leyes**; siempre que toda opinión, expresión o difusión del pensamiento: se

haga dentro de la Ley. Menos aún puede constituir amenaza ó psicosis intimidatoria, por cuanto las injurias vertidas en artículos periodísticos, revistas, libros, volantes, radio o televisión, que deshonren, desacrediten o agravien el decoro y buena reputación del funcionario público, puedan con el agregado hecho al artículo 328° del Código Penal comprendidos dentro de las sanciones que dicho Código establece y serán juzgados por el fuero común, conforme a la Constitución.

El jurista Sánchez Viamonte en su obra **Derecho Constitucional**, refiriéndose a los casos de inconstitucionalidad dice: “que el constitucionalismo, significa el imperio del derecho por medio de la ley y de norma jurídica que excluye toda arbitrariedad circunstancial, interesada o caprichosa”. Pero la adición hecha al artículo 328° del Código Penal por el contrario garantiza el uso debido de los medios de comunicación social, ya que dentro del ordenamiento legal de un país, donde rige el Estado de Derecho, las actividades individuales tienen ciertas limitaciones, para poder asegurar así, el orden, la moralidad colectiva y la seguridad del Estado.

No vulnerando ninguna norma constitucional el agregado que hace, al artículo 329° del Código Penal, el mandato que contiene el artículo 2° de la Ley No. 23321, la acción de inconstitucionalidad respecto este extremo es infundado y en consecuencia la demanda debe ser desestimada.

138

SEGUNDO:

La demanda también formula inconstitucionalidad, respecto del artículo 6° del Decreto Legislativo No. 46° que a la letra dice: “El que mediante la imprenta, la radio, la televisión u otro medio de comunicación social incitare a un número indeterminado de personas para que cometan cualquiera de los actos que conforman el delito de terrorismo, será reprimido con penitenciaría no menor de cuatro años, ni mayor de ocho años.

El delito de terrorismo, es el acto punible perpetrado por un número indeterminado de sujetos, con el fin de producir los hechos que puntualiza ‘el artículo 1o del Decreto Legislativo No. 46°; siendo sus objetivos la desestabilización de la sociedad y del Estado jurídicamente organizado. De allí su gran peligrosidad, razón por la cual la propia Constitución en la segunda parte del párrafo g) del inciso 20 del artículo 2° lo equipara al espionaje ó al tráfico ilícito de drogas, estableciendo que para estos casos, el individuo puede ser detenido preventivamente por las autoridades policiales hasta por quince días naturales.

La **incitación al terrorismo**, es tan grave y perverso como el terrorismo mismo, por eso lo tipifica claramente en el artículo 6° del Derecho Legislativo No. 46°, que se im-

pugna; ya que la incitación va dirigida a una colectividad abstracta é indeterminada, a quienes llegan los medios de comunicación social. La incitación tiene el carácter de pública y tal acto punible es lo que sanciona el artículo materia - de la impugnación. Para que el acto punible de la in citación se produzca, sólo basta el uso de los medios de comunicación social, con tal fin y el delito se per petra, aún cuando el acto terrorista no se produzca; de allí que su naturaleza y carácter esencial, es la publicidad; tanto más si la prensa, la radio ó la televisión, constituyen los medios de comunicación social, a través.de los cuales se lleva al público, aún en la intimidad del hogar, lo que hace imposible identificar, a quienes movidos por la incitación cometan los delitos de terrorismo.

La **incitación al terrorismo** es delito previsto y penado por el artículo 6° del Decreto Legislativo No. 46° y lo que prescribe, cumple el mandato constitucional contenido en el parágrafo d) del inciso veinte del artículo segundo de la Constitución, concordante con lo que prescribe el artículo segundo del Código Penal; ya que para la aplicación de la pena, el delito debe estar tipificado en la Ley, de manera expresa e inequívoca y la pena debe de estar permitida por la Ley.

Del examen de la norma impugnada, se concluyo que no vulnera o sobrepasa ninguno Se los derecho, ni garantías que la Constitución consagra a la persona pues lo que busca dicha disposición legal, es tipificar con toda claridad, cuando se cometen los actos punibles de incitación al terrorismo. Si la prensa, la radio, la televisión ó cualquier otro medio de comunicación social, son empleados para incitar al terrorismo, no sólo se hace mal uso de ellos, sino que quien así lo usa, comete el delito de incitación al terrorismo, que la Ley tipifica y castiga; pues el uso de tales medios de comunicación social, son actos humanos - que tienen y deben estar regulados por la Ley.

No vulnerando el artículo sexto del Decreto Legislativo No. 46, ninguna norma constitucional y guardando dicha disposición, subordinación y demás compatibilidades a la **Ley de Leyes** consagrados en el - principio universal de SUPRA, la demanda debe ser desestimada en este extremo.

TERCERO:

La acción de inconstitucionalidad fué planteada con la firma de veinte Senadores, y por eso se admitió a trámite. Con posterioridad y después de admitida la acción y corrido el traslado de la demanda, el Senador Eduardo Yashimura ha retirado su firma. - Considero que tal retiro, no invalida la continuación del procedimiento, por cuanto el requisito de las veinte firmas debe entenderse, que es para los efectos la interposición de la demanda; pero admitida ésta, el Tribunal corrió traslado de la demanda en

cumplimiento de lo que dispone el artículo treinta de la Ley 23385; en cuya virtud el retiro de la firma no invalida el procedimiento.

RODRÍGUEZ MANTILLA

Se publicó conforme a la ley:

Lo que certifico.

Manuel Visalot Chávez.

Secretario Relator.

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO DOCTOR MANUEL AGUIRRE ROCA

Por resolución de 2 de abril del corriente, se admitió la demanda de inconstitucionalidad formulada por veinte señores Senadores de la República contra el artículo 2- de la Ley 23321, de 16-12-81, que crea un tipo nuevo y especialmente agravado del delito de desacato, y contra el artículo 69 del Decreto Legislativo No. 46 de 10-03-81, que tipifica el delito de “incitación al terrorismo por medio de los órganos de comunicación social”: y se ordeno el traslado de ley.

I.- Incidente de Caducidad o Extinción de la Demanda

Con fecha 17 de mayo, ingresó al Tribunal un escrito del señor Eduardo Yashimura Montenegro, que es uno de los uno de los Senadores firmantes de la demanda, en el cual se expresa el deseo de retirar la firma estampada en dicha demanda. Las partes demandadas, a través de sus personeros, solicitaron, en los correspondientes informes orales, que, en mérito de dicho escrito, se declarase extinguida la acción, ya que el número de Senadores que la respaldan quedaba reducido a 19. El señor apoderado del Congreso, por su parte, ya había sugerido, en un otrosí de su escrito del “alegato”, que se declarase extinta, por el motivo glosado, la acción de inconstitucionalidad. El tribunal ha resuelto, por mayoría y con sólo dos votos en contra, en el sentido de que, admitida la demanda, de conformidad con artículo 30° de su Ley Orgánica, el escrito en que uno de los 20 Senadores firmantes manifiesta el deseo de su firma, carece de eficacia para extinguir la acción y que, en consecuencia, es menester pronunciarse sobre el fondo. Yo voté con la mayoría, es decir, porque la acción no se extinguía, de modo que el Tribunal debía pronunciarse sobre el fondo, tal como se hace ahora. Las razones de mi voto son, entre otras, las siguientes:

- a) que el deseo de retirar una firma libremente estampada en una demanda, no produce el efecto deseado —el retiro de la misma—, ya que la firma sigue en ella, sin que se modifiquen los efectos del acto jurídico de la interposición de la demanda, ni más ni menos que no se modifican los del registro de un partido político, sólo porque, después de inscrito éste, uno de los 50,000 firmantes manifieste “el deseo de retirar su firma”;
- b) que la ley no ha previsto ni legislado el supuesto bajo examen, pero que, al no contemplar, fuera de la transacción y el desistimiento, ninguna causal de extinción de la acción, imputable a acto voluntario del actor, es claro que excluye el simple “deseo de retirar una firma” del elenco de dichas causales;

- c) que el deseo de retirar una firma no sólo no produce el efecto traumatúrgico del retiro de la misma, sino que no implica desistimiento, pues éste, como se sabe, debe ser no sólo expreso e incondicional, sino, además, debe estar refrendado por la legalización de la firma del interesado;
- d) que, si se sienta el precedente de considerar extinguida la acción por la razón expuesta, sería prácticamente imposible que pudiesen tramitarse, jamás, hasta su conclusión, las demandas de inconstitucionalidad suscritas por 50,000 ciudadanos, pues bastaría la muerte de cualquiera de ellos —o el retiro de una firma— para frustrar el proceso; y,
- e) que, finalmente, y entre otras razones, que resulta innecesario agregar, las 20 firmas, según la Ley Orgánica del Tribunal, sólo se requieren para satisfacer uno de los requisitos formales de la “admisibilidad”, según fluye de sus artículos 29°, 30° y ss.

II.- Fondo de la Demanda

En cuanto al fondo de la demanda, mi voto es porque se declare, respecto de la acción relativa al desacato, que ella es atendible y razonable, pero que se deje al Congreso de lo República la opción constitucional para que, dentro de los 45 días de ley —según se explica en lo que sigue— derogue el dispositivo impugnado o, en su defecto, interpretándolo auténticamente, lo “constitucionalice”; y, respecto de la otra acción, que se la declare fundada, por las razones que aparecen a continuación:

142

III.- El Problema del Desacato

- 1.- El doctor Oriel Boldrini Pomareda, apoderado del Congreso de la República en estos autos, en sus alegato escrito de 21 de mayo último y, posteriormente, en su informe oral de 18-7-84, examinó, cuidadosamente, la argumentación de la parte demandante y, a mi juicio, logró demostrar, cumplidamente, que los importantes e interesantes fundamentos expresamente invocados y desarrollados en la demanda, no son invulnerables.
- 2.- Si el problema se redujera, en consecuencia, a pronunciarse sobre el sólo mérito de los argumentos esgrimidos por las partes, la demandada terminarla, seguramente, con el brazo en alto. Ciertamente es, sin embargo, que las cosas no son así de sencillas, pues, de un lado, como se sabe, el órgano juzgador debe aplicar el derecho “de oficio” (**iura novit curia**), de modo que no está (ni puede estarlo) limitado por la argumentación indica de las partes; y, de otro, la propia Ley Orgánica de este Tribunal, en sus artículos 40° y concordantes, faculta, expresamente, a resolver las cuestiones de inconstitucionalidad o razones no invocadas

por las partes y, aun, a extender dicha declaración a los demás dispositivos legales vinculados o cometidos “por conexión o consecuencia”.

- 3.- No corresponde, pues, a este Tribunal, decir quién es el mejor orador, el mejor expositor, o el mejor abogado, ni tampoco ceñir coronas de laurel, sino examinar, a fondo, el problema de la inconstitucionalidad y determinar si los derechos constitucionales resultan comprometidos o lesionados por las normas atacadas en la demanda, y, llegado a la conclusión, emitir sentencia sobre la base de las razones que, a su juicio, sean aplicables, y aunque las partes no las hubiesen invocado.
- 4.- Pues bien, en este orden de ideas, no es imposible que, por razones no expuestas -o apenas insinuadas- en la demanda, ni apreciadas, y menos, pues, refutadas, por el señor apoderado del Congreso de la República, el artículo atacado pueda comprometer, directamente, el derecho constitucional consagrado en el artículo 2, Inc. 20, letra d) de la Constitución del Estado; y también, aunque sólo indirectamente, el Inc. 4º del mismo artículo 2º, concordante con el Inciso 20, letra e) del citado artículo 2 de la Carta Magna. El análisis que sigue aclarará las ideas.
- 5.- **Análisis del artículo 2º de la ley 23321**

Lo primero que se advierte es que el mencionado numeral no precisa el extremo de la pena. Ello puede significar una de tres cosas:

- a) que el legislador supone que dicho extremo o límite se encuentra implícito en el artículo impugnado;
 - b) que el límite, no señalado expresamente, tendría que ser, como lo establece, en casos semejantes, la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia, el correspondiente a la naturaleza, **in abstracto**, de la pena misma, esto es, de la pena de prisión, que es de 20 años; o,
 - c) que ha habido simple omisión u olvido por parte del legislador
- 6.- Algunos de mis colegas, los que estiman infundada la acción bajo examen —que no es mi caso— opinan que el límite máximo está implícito en el dispositivo impugnado y, que es el señalado en el primer párrafo del artículo 328º del Código Penal, el cual fungiría de criterio supletorio y rector, vale decir, que el límite máximo sería de un año de prisión. Yo no lo creo así; es más, estimo que el análisis hermenéutico no se compadece con tal apreciación. Las razones son las siguientes:
- A) En la misma Ley No. 23321, artículo 1º, se fija un límite máximo, de dos años, para dos delitos menores: los de injuria y difamación, tipificados en los artículos 187º y 188º del Código Penal, y aún en el supuesto de que el

agraviado sea persona natural o jurídica cualquiera, es decir, persona no investida de autoridad pública; lo que, como se sabe, tendría que agravar el supuesto. Por ello, los mismos artículos citados —187° y 188° del Código Penal— establecen que, cuando el agraviado sea autoridad, el límite mínimo de la pena será de un año y no sólo de multa de uno a cinco sueldos, como ocurre en el supuesto no agravado de dichos delitos ¿Cómo pensar pues, que, en el supuesto tipificado por el dispositivo legal impugnado (que es, ciertamente, más grave que las especies de injuria y difamación) el límite máximo ha de ser de un año, es decir, igual que el mínimo de dos delitos menos graves? No puede concebirse que, para un delito que la doctrina, la legislación comparada, el sentido común, la jurisprudencia y los propios antecedentes de la legislación peruana, consideran de mayor entidad que la injuria y la difamación y merecedor, por ello, de mayor pena —es decir, para el desacato tipificado por el dispositivo penal atacado—, se haya establecido, “implícitamente”, un límite máximo menor. Recuérdese, a este respecto, que la injuria —que suele considerarse, como se sabe, la especie menos calificada de los delitos contra el honor— se castiga, en la misma Ley 23321, artículo 1° (ley que sólo tiene, precisamente, tres artículos), con un mínimo de multa de cinco sueldos (y no de prisión no menor de seis meses, que es lo que se fija, como límite mínimo, para el desacato cometido mediante órganos de comunicación social); lo que pone en evidencia el hecho señalado: que el desacato tipificado por el artículo 2° de la ley 23321, es delito mucho más grave que la injuria y que no admite, como límite máximo de la pena, uno mucho menor que el establecido para ésta, pues ello sería, dentro de la técnica jurídico-penal ecuménica, realmente absurdo.

- B) En doctrina y en legislación comparada es difícil encontrar casos en que se eleven notoriamente los límites mínimos, para la especie agravada —como ocurre en el caso bajo examen— y no se eleven, simultáneamente, los máximos (a menos que éstos —los máximos— sean indeterminados, dada la naturaleza de la misma pena, o tampoco hayan sido tasados, por algún motivo especial y en atención a la naturaleza del delito, en la especie genérica y no calificada; lo que no ocurre en el caso).
- C) Hay que agregar, entre otras razones, que la existencia misma de la regla atacada obedece, como se sabe, a que el Legislativo estimó no tipificado el delito de desacato cometido por medio de los órganos de comunicación social —según lo Resalta, en su defensa, su apoderado, doctor Oriel Boldrini Pomareda— no obstante que, en la especie genérica, se usa la expresión de cualquier manera”. Por tanto, si se considera que el artículo impugnado

introduce un nuevo “tipo”, la ausencia del extremo superior de la pena no puede ya suplirse, por inducción lógica, con el límite establecido para el supuesto genérico del desacato.

- D) Finalmente, para cerrar este punto, por razones de puro sentido común (no ya de hermenéutica, lógica ni técnica jurídico-penal), no parece imaginable que un delito exija, como mínimo, la pena de seis meses —cosa que sólo ocurre con las especies de cierta envergadura— y, como máximo, en el otro extremo, la de sólo un año de prisión —cosa que, por lo contrario, sólo ocurre en el supuesto inverso: con las especies de alza menor. A ningún legislador puede ocurrírsele, creo proporcionar —en una hipótesis como la analizada— al órgano juzgador tan escaso margen, para cumplir con la importante y delicada función denominada de “individualización de la pena”.
- E) Tal vez convenga, antes de pasar al punto siguiente, recordar que el principio “*in dubio pro reo*” es inoperante en la materia. En efecto, como lo sostiene la doctrina, según lo pone de manifiesto Jiménez de Asua en su obra monumental: “Tratado de Derecho Penal”, (Editorial Losada S.A. Buenos Aires, especialmente T. II, páginas 58 y ss. de la 4a. Ed), el principio “***in dubio pro reo***” es una regla de apreciación de la prueba y no de interpretación de la norma penal material, no obstante lo cual según también lo resalta, entre nosotros, Luis Bramont Arias, en su obra “Derecho Penal” (Lima, 1978), si después de usados todos los métodos de interpretación, comenzando por el gramatical y terminando por el teleológico, sin dejar de pasar por el sistemático, el lógico y tantos otros, no pudiese esclarecerse el sentido de la norma y esta debiese aplicarse; entonces, y sólo entonces, procedería, a modo de “análisis residual”, emplear la regla ***in dubio pro reo***. En el caso del artículo 2 de la Ley 23321, no hay “análisis residual” que efectuar, pues, como resulta de todo lo expuesto, dicho artículo peca por omisión: por no señalar —comprometiendo, así, el derecho constitucional correlativo— el límite o extremo máximo de la pena y en circunstancias en que la interpretación gramatical, lógica, teleológica y sistemática ponen de manifiesto que, justamente, no sólo no se ha señalado, expresamente, el extremo máximo de la pena, sino que, además, este no está implícito en la primera parte del artículo 328 del Código Penal, ni es de un año. En su obra citada, Tomo II, página 471, Jiménez de Asua pone fin al estudio del principio ***in dubio pro reo***, diciendo: “Concluyamos, pues, afirmando estos principios, en los que se expresa nuestro criterio sobre el debatido asunto de la extensión interpretativa y del principio ***in dubio pro reo***: a) que si la interpretación gramatical y teleológica llega a un resultado armónico y

terminante, conforme a él deben interpretarse las leyes penales, **sea ese resultado restrictivo o extensivo**, puesto que con esos medios se ha logrado hallar el pensamiento y voluntad de la ley; y b) que si, a pesar de la cuidadosa pesquisa literal y finalista, **no se llega a un resultado concluyente y la duda sobre la voluntad y pensamiento de la ley persiste, ésta debe interpretarse restrictivamente cuando es perjudicial para el reo y extensivamente cuando es favorable**. El mismo autor, en las páginas 465 y 466 del mismo Tomo II, de la misma notable obra, ya había dicho: “Es forzoso, tras estas largas líneas informativas, fijar criterios y decidir el problema de la interpretación de las leyes penales. El principio **pro reo**, como **regla general interpretativa**, que fuerza a restringir las leyes de nuestro derecho, Por ser rigurosas, **es inaceptable.**”

- F) En suma, para Jiménez de Asua, como para doctrina inmensamente mayoritaria, el principio **pro reo** sirve, esencialmente, en el campo, procesal penal de la apreciación de la prueba y, sólo excepcionalmente, y a modo de último recurso, en el campo de la interpretación de la norma de derecho penal material.

- 146 7.- Desertada, pues, la conjetura de que el extremo máximo esté implícito en la parte del artículo 328 del Código Penal (un año de prisión) y, también, por las razones expuestas (de paso), la de que dicho extremo no pueda pasar de dos años —puesto que dos años es el extremo máximo del delito menor (injuria), según acabamos de ver—; tendremos que admitir que no se ha señalado límite máximo —ni explícita ni implícitamente— para el tipo creado por el impugnado artículo 25 de la Ley 23321, lo que no se compadece, ciertamente, con el derecho constitucional que proclama y consagra el artículo 2º, Inc. 20º, letra d) de la Carta Política, concordante con el artículo 50 del Código Penal. Sin embargo, para el supuesto —hartamente improbable, si no imposible, según fluye del estudio precedente— de que el Congreso haya querido fijar, en concordancia con la primera parte del artículo 328 del Código Penal, el límite máximo de un año para el delito bajo examen (es decir una penalidad máxima menor que la que el mismo Congreso, y por la misma ley 23321, ha establecido para una especie menor y, apenas, igual a la penalidad mínima de la especie menor), entonces, dentro del plazo que señalan los artículos 34 y 35 de la Ley orgánica de este Tribunal, el Congreso, en lugar de derogar la disposición impugnada —que, por el análisis hecho, parece, ciertamente, reñida con la Carta Política— tiene la potestad innegable de declarar, simplemente, mediante ley aclaratoria o interpretativa, que el límite sí está implícitamente señalado y que es de solo un año.

- 8.- En consecuencia, mi voto, en este extremo de la demanda (acción acumulada para que se declare la inconstitucionalidad del artículo 2° de la Ley 23321) — por el respeto que merece el Poder Legislativo y porque, por esa misma razón, debe otorgarse, dentro del marco jurídico vigente, y siempre que no sufran menoscabo los derechos constitucionales, el beneficio de la duda y de la buena fe—; mi voto, digo, es porque se falle en el sentido de que el Congreso de la República, dentro del plazo de los 45 días que señalan los artículos 34 y 35 de la Ley Orgánica de este Tribunal de Garantías Constitucionales, en ejercicio de sus facultades y en cumplimiento del correspondiente deber constitucional, se sirva declarar, ya sea que el extremo máximo está implícito en la primera parte del citado artículo 328° del Código Penal, y es, en consecuencia, de un año (en cuyo caso el artículo impugnado no sería inconstitucional); ya sea que, en efecto, no lo está ni, en consecuencia, ha sido señalado. En esta última hipótesis, el dispositivo impugnado resultaría inconstitucional, de modo que, dentro del mismo plazo, el Congreso tendría que derogarlo.

Escollo Sobre la libertad de prensa

- 9.- Debe destacarse que todo lo que importa no es el examen lógico-jurídico de las normas materiales del delito de desacato, sino también el hecho complementario —e indisolublemente ligado al caso examinado— de que, en virtud de las normas adjetivas y concordantes del Código de Procedimientos Penales, la insuficiencia del artículo comentado, es decir, la ausencia, en él, del límite máximo, es sumamente delicada. En efecto, los jueces instructores pueden verse precisados, dada una denuncia por desacato basada en dicho artículo, a ordenar la detención, no obstante la importante y saludable modificación introducida en el artículo 79° del Código de Procedimientos Penales por la Ley 23612, pues siempre pueden presentarse los supuestos del citado artículo 79°, letra b), del 81° o del 84° y concordantes del mismo cuerpo de leyes. Y una vez ordenada la detención, sea “preventiva” o “definitiva” pueden sentirse obligados a mantenerla —dada la ausencia del extremo máximo de la pena— hasta la conclusión de la instrucción y, además, a creerse, por la misma razón, legalmente impedidos de levantar dicha detención. Si se estima que, por falta de límite expreso, se debe estar con el límite de la pena misma, o sea, de la pena de prisión, que es de 20 años —y esta parecería ser la conclusión obligada de la doctrina y la jurisprudencia— una simple denuncia podría bastar para poner al autor del presunto delito (que, por lo general, ha de ser un profesional del periodismo, aunque ello no sea, en mérito a estrictamente necesario) “fuera de la circulación” por un buen tiempo. En efecto, ordenada la detención por cualquiera de las circunstancias señaladas líneas arriba, y no obstante la atinadísima modificación introducida

recientemente en el artículo 79° del Código de Procedimientos Penales, es casi imposible que se conceda, dada la comentada ausencia del extremo máximo de la pena en la especie, la “libertad provisional” durante el juicio (artículo 1039 del mismo Código de Procedimientos Penales). Es necesario, pues, dada la enorme importancia que reviste el derecho de la libertad de expresión y el ejercicio de la crítica periodística, aclarar —si fuese el caso, aunque ello se antoja, por la exégesis hecha, virtualmente imposible— Que el límite máximo es de un año, en concordancia con el artículo 328° del Código Penal, según lo expuesto. De lo contrario, aunque en forma indirecta, según se anticipó líneas arriba, se estaría comprometiendo el derecho que proclama el artículo 2°, incisos 4° y 20, letra e), de la Carta Política, pues, por la oscuridad subsistente, se crearía, **ipso facto** e **ipso jure**, una atmósfera de verdadero malestar y de desalentadora y perniciosa inhibición en el campo, del periodismo, es decir, de los medios de comunicación social. Nada de esto podría ocurrir, en cambio, si el límite fuera de sólo un año (como tal vez lo haya querido, aunque no dicho, el Congreso), puesto que, entonces, la remota hipótesis de una eventual detención, quedaría conjurada con el beneficio de la libertad provisional, y tampoco se perdería el derecho eventual a la condena condicional: con lo que desaparecería, para bien del país y de todos, la atmósfera de inhibición y recelo.

No hay inconstitucionalidad por Repetición de Normas

10.- No creo, en cambio, que pueda afirmarse que el artículo analizado es inconstitucional sólo porque se lo considere —que no lo es— repetitivo de otros dispositivos penales, ni tampoco porque se conjeture promulgado por un “avieso” propósito de “amordazar” el pensamiento y el ejercicio de la libertad de expresión y de prensa. En efecto, si fuese repetitivo o pleonástico —que no lo es— no por ello sería inconstitucional, pues lo que abunda no daña y, además, los artículos supuestamente reproducidos por él, tendrían, entonces, que haber sido atacados por inconstitucionales —o ser, de hecho, inconstitucionales—: lo que no se ha afirmado, ni parece susceptible de sostenerse.

Están a Salvo de Responsabilidad Buena Fe del Legislador

11.- Descarto, también, la tesis de todo propósito avieso o incorrecto por parte del legislador, y ello no sólo porque dicho hipotético objetivo no está, en tela de juicio, sino porque, además: a) no corresponde a este Tribunal hacer imputaciones desdorosas en perjuicio de nadie; b) el respeto que merece el Poder Legislativo condenarla una tal insinuación; y, c) finalmente y desde el punto de vista exclusivamente técnico, es indiscutible el derecho constitucional del Congreso de tipificar la figura del desacato —como ocurre en tantos países de exquisita democracia y desarrollo

jurídico— agravado por el medio empleado para su perpetración. Creo, antes por el contrario, que es meritoria la labor realizada por el Congreso para disciplinar mejor el campo del desacato (que, en verdad, pertenece al ámbito, más que de los delitos contra el honor, de los delitos contra la administración de justicia), si bien, como hemos visto, ha resultado inconveniente, por incompleto y, dadas las especialísimas circunstancias anotadas, por peligroso, el artículo examinado.

IV.- El Problema del Terrorismo

- 1.- En cuanto a la segunda acción la que pide que se declare inconstitucional el artículo 6° del Decreto Legislativo No. 46, es cierto que el doctor Juan Luis Avendaño, representante del Poder Ejecutivo, es decir, su alegato escrito de 16 de julio de 1984, así como en su informe oral de 18-7-1984, de uno de los demandados, en su alegato escrito de 16 de julio de 1984, así como en su informe oral de 18-7-1984, examina, a fondo, la demanda y demuestra, a mi juicio, la no invulnerabilidad de todos los importantes e interesantes fundamentos de la acción, menos la de uno, verbigracia, del que corre en el 2° párrafo, de la página 9a, del escrito de la demanda. Parece, empero, que el aludido argumento, si bien un tanto vago (tal vez, críptico) en su redacción —y a esto se debe, imagino, que el apoderado del Ejecutivo haya pasado un poco por encima de él—, debe ser cuidadosamente calibrado, pues en él se apunta hacia algo muy digno de ponderación, esto es, hacia la garantía penal que recoge el ya glosado artículo 2°, inciso 20, letra d) de la Constitución del Estado, que dice: “Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley”.
- 2.- En efecto, el atacado artículo 69 del Decreto Legislativo No. 46 adolece de oscuridad e imprecisión a punto de comprometer la mencionada Garantía penal que, en el fondo, es la que se protege con lo que, en técnica penal, se denomina “tipicidad” (definición precisa del supuesto delictivo). Una de las finalidades de la tipicidad es, como se sabe, y según lo declara, por ejemplo, el maestro Jiménez de Asua, la de garantizar el funcionamiento del principio de “reserva legal”, es decir, del “derecho humano” de la libertad y la seguridad en el marco democrático-constitucional (“liberal”).
3. ¿Quiere decir, el artículo bajo examen, que basta instigar («inducir», dice el numeral) a la comisión de cualquiera de los actos señalados en el artículo 1° del Decreto Legislativo No. 46, mediante cualquiera de los medios de comunicación social, y a un grupo indeterminado de personas, para que se produzca el supuesto de “instigación al terrorismo”, esto es, esto es, a la comisión del delito tipificado

en dicho artículo 1º? Parece que si diríase, inclusive, que no puede dudarse de que así sea. Empero, una tal interpretación —que se antoja tan lógica como obligada— sería contradictoria y resulta inaceptable, toda vez que con ella se estaría declarando que instiga o “induce” a la comisión del delito de terrorismo, quien, en verdad, instiga a la comisión de actos que, **según el artículo 1º del Decreto Legislativo No. 46**, no constituyen ni tipifican dicha figura delictiva. En verdad, de conformidad con el artículo 1º del Decreto Legislativo No. 46, el delito de terrorismo es un delito complejo, que supone la “copresencia” de no menos de tres elementos de hecho: a) un ánimo o propósito que consiste en “crear o mantener un estado de zozobra, alarma o terror en la población o un sector de ella”; b) la ejecución de ciertos actos inspirados en dicho ánimo; c) la utilización de unos medios o instrumentos determinados y “capaces de producir grandes estragos, o de ocasionar grave perturbación de la tranquilidad pública, no de afectar las relaciones internacionales o la Seguridad del Estado”. En consecuencia, parece indiscutible, visto el problema desde el ángulo, que se instiga o incita a la comisión del delito de terrorismo, cuando —y solo cuando— se incita a la comisión del delito integrado por los tres elementos mencionados, y no cuando se incita a la comisión de “cualquiera de los actos que conforman el delito de terrorismo”.

4. ¿Qué quiere decir —a la luz de este análisis—, valga reiterar la pregunta, el artículo 6º? ¿Es aceptable que se estime que diga que se incita a la comisión del delito de terrorismo cuando, precisamente, no se incita —según se ha hecho notar— a la comisión de ese delito, o sea, cuando se instiga, sólo, a la comisión de uno cualquiera de los actos que “lo conforman” y que, según se ha señalado, no constituyen, **per se** y aisladamente considerados, sino integrados en un supuesto complejo, el delito de terrorismo? Si esto dijese, afirmaríase que se instiga a la comisión del delito de terrorismo —que es un delito, entre otras cosas, integrado por los tipos descritos en la Sección de los Delitos contra la Seguridad del Estado y en la Sección de los Delitos contra la Tranquilidad Pública (Secciones 7a y 8a del Libro II del Código Penal)— cuando sólo se incita a la comisión de actos que pueden configurar delitos, sea contra la Seguridad del Estado, sea contra la Tranquilidad Pública pero no, justamente, de terrorismo, según este género ha sido tipificado en el artículo 1º del Decreto Ley No. 40, bajo examen. La tesis, como se ve, es contradictoria y, por ello, no se compadece con las exigencias mínimas de la hermenéutica ni, por cierto, con el artículo 2º, inciso 20, letra “d”, de la Carta Política.
- 5.- Se puede, sostener, para repetir, que el artículo bajo examen no dice lo que, en su texto, claramente dice y que, según se ha visto, sería palmariamente contra-

dictorio; sino que lo que quiere decir es lo que no dice, o sea, que se refiere al acto de incitar, ‘no a la comisión de cualquiera de los actos “que conforman el delito de terrorismo”, sino a otra cosa, esto es, conjuntamente a todos los actos integradores del tipo que describe el artículo 1º del Decreto Legislativo examinado, incluyéndose, por tanto, el “animo” de crear o mantener la zozobra, y los “medios” que en dicho numeral se señalan.

6.- **Entre Escila y Caribdis**

Adviértase cómo es cierto, entonces, que el dispositivo analizado —si se estimase que en él se dice lo que se dice textualmente— resultaría contradictorio respecto del artículo 1º del mismo Decreto Legislativo y, por tanto, autodestructivo y absurdo; mientras que si se lo interpretase —para, evitar el escollo que se acaba de señalar— en el sentido de que no dice lo que dice, sino justamente, lo contrario de lo que dice, resultaría reñido con el artículo 2º, inciso 20, letra d) de la Carta Política, que exige la tipificación “expresa e inequívoca” de los delitos y penas. Así pues, si se quiere evitar el Caribdis de la contradicción entre el artículo 6º y el artículo 1º del Decreto Legislativo analizado —contradicción que lo haría inoperante e inconstitucional—, se cae, inexorablemente, en el Escila de una problemática mayor, verbigracia, la de su incompatibilidad insoslayable con el precepto constitucional que consagra el glosado artículo 2º, inciso 20, letra d) de la Carta Política, regla que exige univocidad y repudia el equívoco y la anfibología.

151

7.- No es difícil comprender, ciertamente, que los malabarismos exegeticos a que nos tiene sometidos la interpretación de esta norma, ponen de manifiesto una verdad grande como una catedral: que la vaguedad, la oscuridad y la ambigüedad que se dan cita en el artículo analizado, no se compadecen, por donde se mire, con la comentada garantía penal, es decir, con el artículo 2º, inciso 20, letra d) de la Carta Política.

8.- **Escolio sobre la libertad de expresión**

Ahora bien, en este caso, como en el que motiva la acción acumulada y dirigida contra el examen de la Ley No. 23321, todo lo que interesa no es regla impugnada, sino lógico-jurídico —por somero que sea— también la trascendencia de la misma, puesto que, en efecto, la ambigüedad, la insuficiencia y la oscuridad pueden afectar y forma especialmente nociva y grave, el ejercicio de los derechos- y simultáneamente, el cumplimiento de los deberes correlativos- de la libre expresión y difusión del pensamiento. Imbricado como está, el artículo examinado, con el ejercicio de la expresión del pensamiento por medio de los

órganos de comunicación social, su imprecisión puede fácilmente comprometer el imperio de los derechos consagrados por el artículo 29, incisos 4º y 20, letra e), de la Constitución del Estado y crear, por tal manera, una atmósfera deletérea de inseguridad e inhibición en el campo de la prensa hablada y escrita.

9.- **Conclusión y Necesaria Aclaración que deja a salvo la Responsabilidad y Buena Fe del Ejecutivo**

Por las razones expuestas y como, en este caso, la imprecisión no puede salvarse apreciando —mediante la interpretación auténtica y a modo de aclaración—, al artículo impugnado, un hipotético elemento ausente, sino declarando que su oscuridad no se compeadece —pues ello es así— con los derechos proclamados por el artículo 2º, incisos 4º y 20, letras d) y e), de la Carta Política, mi voto es en el sentido de que, no obstante la innegable conveniencia de que se legisle sobre el delito de terrorismo y se castigue, no sólo a quienes lo cometan directamente, sino también a los autores intelectuales, coactores, cómplices e instigadores o inductores —y pese al valioso, pertinente y plausible esfuerzo realizado por el Poder Ejecutivo en el necesario, proceso de la elaboración del Decreto Legislativo contra el terrorismo— se declare que, tal como se encuentra redactado, el artículo 65 del Decreto Legislativo No. 46 no ha conseguido el sano propósito de definir, en forma inequívoca, como lo exige la Constitución, el delito de la instigación o inducción al terrorismo y, por tanto, compromete los derechos constitucionales de la referencia; es decir, que se declare fundada la acción en que se pide que dicho artículo 6º sea declarado inconstitucional.

152

AGUIRRE ROCA

Se publicó conforme a ley:

Lo que certifico.

Manuel Visalot Chavez.

Secretario-Relator.

VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR CARLOS BASOMBRÍO PORRAS

Veinte señores Senadores, haciendo uso de la facultad que les confiere el artículo 299°, inciso 5) de la Constitución Política del Estado y el artículo 24° inciso 2) de la Ley 23385, Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales, interponen Acción de Inconstitucionalidad contra el artículo 2° de la Ley 23321 y el artículo 6° del Decreto Legislativo No. 46. Se trata, en realidad, de dos acciones de inconstitucionalidad incluidas dentro de una. Mediante la primera, los accionantes consideran que el párrafo agregado al artículo 328° del Código Penal, implica una adición innecesaria puesto que mediante el artículo 186° del mismo Código está ya comprendida la figura delictiva que se pretende configurar. Que tal añadido sólo produce una amenaza o psicosis intimidatoria contra las libertades mencionadas en el artículo 4° inciso 2) de la Constitución Política en perjuicio general y de los periodistas en particular y por ende en menoscabo del Estado de Derecho que hoy vive el país. El artículo 328° del Código Penal señala que:

“El que provocare a duelo, amenazare, injuriase de cualquier manera, ofendiera la dignidad o decoro de funcionario público a - causa del ejercicio de sus funciones o al tiempo de ejercerlas, será reprimido con prisión no mayor de un año o multa de la renta de tres a treinta días”.

153

El párrafo agregado por el artículo 2° de la Ley 23321 establece que:

“Si el delito fuese cometido mediante un órgano de comunicación social la pena será no menor de seis meses”.

Por otro lado, la acción objeta también el artículo 6° del Decreto Legislativo No. 46°, que configura el delito de terrorismo y establece las penalidades respectivas.

Dicho artículo 65 dispone que:

“El que mediante la imprenta, la radio, la televisión u otro medio de comunicación social incitare a un número indeterminado de personas para que cometan cualquiera de los actos que conforman el delito de terrorismo, será reprimido con penitenciaría no menor de cuatro años ni mayor de ocho años”.

Fundamentan su acción indicando que esta disposición podría tener un carácter intimidatorio ya que cualquier persona al hacer uso lícito de cualquier medio de comunicación social **“supuestamente”** incite a un grupo indeterminado de personas a cometer cualquier acto que conforma el delito de terrorismo de suerte que quien realizara un comentario, por ejemplo, de la propia ley o historiara el fenómeno

no terrorista podría ser acusado de incitador y por tanto objeto de juzgamiento y pena. Agregan que si la incitación es un **proceso químico** producido por estímulos extraños a la personalidad del sujeto y responden en gran medida a la conformación psicofísica de la responsabilidad, ¿cómo puede ser responsable una persona, por ejemplo, que es entrevistada en un canal de televisión si las reacciones del oyente no dependen del entrevistado sino de un estado de ánimo, de su personalidad, conducta, de su cultura y de todo cuanto pueda originar y sobre todo cuanto puede influenciar su desarrollo delinencial? y que, con el mismo criterio, **debería pensarse también a quien incite la comisión de otro delito, lo que sin duda sería una aberración jurídica**. Invocan el inciso 4) del artículo 2º, la primera parte del artículo 296º y el inciso 1) del artículo 298º de la Constitución y los artículos 19º incisos 1) y 2), 20º inciso 1), 28º y 29º, inciso 2) de la Ley 23385 y artículo 186º y siguientes y 328º del Código Penal.

ADMISIBILIDAD DE LA ACCIÓN.-

La acción fue admitida a trámite por el Tribunal por considerar que reunía los requisitos formales exigidos por el artículo 299º inciso 5) de la Constitución del Estado y el artículo 24º inciso 2) de la Ley 23385. Después de admitida la acción, cuando aún no había sido contestada la demanda, el Senador señor Eduardo Yashimura Montenegro, por escrito de diez de mayo último, reitera su firma del recurso de demanda.

154

En concepto del suscrito, el retiro de la firma del Senador Yashimura Montenegro hizo perder virtualidad a la demanda de inconstitucionalidad presentada, pues desaparecía el requisito indispensable de la firma de “veinte senadores que exigen las normas constitucionales y legales antes citadas. Sin embargo, el Tribunal consideró, por mayoría, que debía conocer la acción no obstante esta deficiencia formal, razón por la cual se hace necesario pronunciarse sobre el fondo de la demanda planteada.

ARTÍCULO 2º DE LA LEY 23371.-

Como hemos indicado anteriormente, este dispositivo legal adiciona el artículo 328º del Código Penal respecto al delito de injuria contra funcionarios públicos, sin crear un nuevo delito sino estableciendo únicamente una penalidad mínima de seis meses de prisión para que el delito fuese cometido mediante un órgano de comunicación. Evidentemente, solo pretende esta adición establecer una penalidad a dentro del máximo de un año de prisión que contempla el contexto del artículo 328º del Código Penal, probablemente teniendo en cuenta que la injuria, cuanto mayor difusión tiene, más ofende a la persona agraviada. A este respecto, cabe tener en cuenta que el inciso 4º del artículo 2º de la Constitución Política del Estado establece que la persona humana tiene derecho a:

“A las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra, el escrito o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización, censura ni impedimento alguno, **bajo las responsabilidades de ley**”.

Este derecho, que consagra la libertad de expresión, no significa de ningún modo que su ejercicio puede serlo en forma irrestricta y sin guardar la debida correlación con la responsabilidad del titular del mismo.

El mencionado inciso señala que tal derecho se ejercerá “**bajo responsabilidad de ley**” o sea que ésta (la ley) debe establecer las responsabilidades en que incurra el titular, tal como lo hace el artículo 328° del Código Penal, adicionado por el inciso 2° de la Ley 23321. Además, la tipificación y penalidad del abuso de la libre expresión, para injuriar a un funcionario público, guarda relación también con lo dispuesto en el inciso 5° del artículo 2° de la Carta Política del Estado, que establece que la persona tiene derecho:

“Al honor y la buena reputación, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Toda persona afectada por afirmaciones en cualquier medio de comunicación social, tiene derecho de rectificación en forma gratuita, **sin perjuicio de la responsabilidad de ley**”.

155

Las disposiciones constitucionales transcritas que se refieren a la libertad de expresión y al derecho de la persona a la intangibilidad de su reputación e imagen hablan en todo momento **de la responsabilidad de ley** con que deben ejercerse los derechos consagrados por la Constitución. El ejercicio irrestricto e irresponsable de los derechos y libertades establecidas por la Ley Fundamental traería consigo el libertinaje y el abuso del derecho, lo que de ningún modo puede amparar la ley. La correlación entre derecho y responsabilidad es un requisito básico para el funcionamiento de una sociedad libre en un Estado de Derecho, donde debe existir equilibrio entre ambos conceptos.

Cree, pues, el suscrito que el artículo 2° de la Ley 23321, no viola ninguna disposición constitucional y, por lo tanto, la demanda, en cuanto pretende, sea declarado inconstitucional, carece de fundamento.

ARTICULO 6° DEL DECRETO LEGISLATIVO No. 46.-

Cuando se dieron en el Perú los primeros brotes de la infame y repudiable acción terrorista, no existía, dentro del Código Penal, ninguna norma que configurara de manera inequívoca, las características especiales que tenía esta nueva figura delictiva, hasta entonces conocida en nuestro país. Sólo existía el delito contra la tranquilidad

pública, que se aproximaba algo a la tipología delictiva de los actos terroristas, aunque de modo impreciso y con penalidad muy benigna. Efectivamente, el artículo 281o. del Código Penal establece que:

“El que produjera alarma en una población por la amenaza de un peligro para la vida, la salud o la propiedad, especialmente por la amenaza de asesinato, de pillaje o de incendio, será reprimido con prisión no mayor de tres años”.

Era necesario, pues, ante la imprecisión de la ley y ante el avance y gravedad creciente del delito de terrorismo, configurar éste en una legislación especial que recogiera sus particularidades, modalidades y estableciera las sanciones en forma proporcional a los graves hechos que su comisión implica. Fue así que se dictó el Decreto Legislativo No. 46, que constituye un complemento de la legislación penal vigente. En esta disposición legal se configuró también como delito independiente derivado del delito de terrorismo, la figura de instigación a cometer tales actos a través de la prensa, la radio, la televisión u otro medio de comunicación social. Resulta evidente, que el terrorismo es un delito cuyo éxito mayor depende de la más amplia difusión y alcance que pueda tener, por cuanto su propósito es precisamente producir temor y hacer cundir el pánico dentro de la población. Y es a través de los medios de comunicación social donde se alcanza la mayor difusión de este delito. Pero, para **que exista la figura de instigación** no basta que los medios de comunicación social, **haciendo uso de su derecho innegable a la información, análisis y difusión de las ideas**, formulen estudios y exploren el problema del terrorismo. **Para que el delito de instigación se tipifique es necesario que exista el “animus”** o sea el propósito deliberado y manifiesto de incitar a un indeterminado número de personas a cometer actos de terrorismo, o sea que es necesario que el propósito sea evidente y **que exista el dolo** o sea la intención clara de practicar dicho delito. No hay, pues, amenaza a la libertad de expresión pues nadie que no tenga propósitos protervos o no busque la extensión de esta nefanda acción, debe tener temor para expresarse en forma amplia y sin los propósitos dolosos a que me he referido.

156

En el caso bajo comentario, son aplicables también los conceptos que, sobre derechos y responsabilidades, se han emitido en el análisis precedente.

Se dice también que la figura del delito de instigación al terrorismo por los medios de comunicación social no era necesario legislarla de manera especial puesto que ya el Código Penal en su artículo 100° modificado por la Ley 12341, establece:

“Serán reprimidos como autores de hecho punible los que tomaren parte en la ejecución, o los que intencionalmente decidieran a otro a cometerlo,

o los que coadyuvaren intencionalmente con auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido perpetrarse. En los casos del artículo 299º, serán, así mismo, reprimidos como autores los que, a sabiendas, mantengan al menor secuestrado”.

“Serán reprimidos como cómplices los que de cualquier modo hubieran intencionalmente prestado asistencia para cometer el hecho punible”.

Sin embargo, las figuras delictivas deben ser claramente tipificadas, pues, de lo contrario y de acuerdo a la garantía de la ley penal, no pueden ser aplicadas. El artículo transcrito se refiere fundamentalmente a la inducción para la comisión de un **delito específico y a persona cierta y determinada**. Por el contrario, el delito de instigación al terrorismo es **inducción a un indeterminado número de personas a la comisión de un delito que puede no cometerse y que puede revestir diversas modalidades**.

Hay pues, diferencias marcadas entre lo dispuesto por el artículo 100º del Código Penal, que se refiere a la complicidad en la comisión de un delito determinado y a la autoría -mediata del delito, también llamada “autoría intelectual”, con el delito de instigación al terrorismo que tiene características distintas y por lo tanto hubo de ser tipificado por la ley en forma clara e inequívoca.

157

Finalmente, debe destacarse que la existencia del artículo 100º del Código Penal, que tipifica y pena las figuras de participación y ejecución mediata de los delitos, así como la inducción a cometerlos, refuta la tesis de la demanda cuando afirma ésta que sería una aberración jurídica penar a quien incite a la comisión de cualquier otro delito distinto al terrorismo. Según los diccionarios jurídicos **OMEBA** y **CABANELLAS** y el de la Real Academia Española de la Lengua “instigar” significa, entre otras cosas/’inducir”.

CONCLUSION:

Por los fundamentos antes expuesto y considerando que las normas cuestionadas no son inconstitucionales, el voto del suscrito es por que se declare infundada la acción planteada, en sus dos extremos.

BASOMBRIO PORRAS

Se publicó conforme a ley:

Lo que certifico.

Manuel Visalot Chavez.

Secretario Relator.

Expediente 003-84-I/TGC

Proceso de inconstitucionalidad interpuesto por 61 diputados contra el artículo 6 de la Ley 23903. El Tribunal emitió un pronunciamiento.

Fecha de emisión: 19 de febrero de 1985

Resumen: El Tribunal de Garantías narró primero los fundamentos de las partes y luego los fundamentos de los magistrados. Respecto de los fundamentos de derecho de la parte demandante, se invocó los artículos 75, 296, 298, inciso 1, 299 y 301 de la Constitución de 1979; los artículos 19 al 33 de la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías, y variada doctrina político-constitucional; y acompañó, además, abundante prueba documental. Asimismo, afirmaron que, el debate en la Asamblea Constituyente de 1931 tuvo como *dubium* el voto de la mujer, el voto de los militares, el voto de los analfabetos y el voto a los de 18 años; nadie tomó en cuenta los votos en blanco o nulos para alcanzar el sillón presidencial. Asimismo, se tuvo presente que las elecciones de 1936, 1939, 1945, 1950, 1956, 1962 y 1963 se efectuaron bajo los alcances de la Constitución de 1933 y en ellas nunca se estimó como votación válido los votos en blanco o nulos. Además, se sostuvo que, este criterio rigió en la normatividad emitida entre el 26 de abril de 1822 y el 27 de agosto de 1979, Decreto Ley este último, que normó el proceso electoral de 1980, en que resultó electo el Presidente de la República, de tal manera que se computó únicamente como votos válidos los positivos, y no los nulos, ni los blancos.

Se explicó que, durante el proceso constituyente de 1978-79, nadie pretendió incluir los votos nulos o blancos como válidos, ni pronunció palabra alguna en el Pleno o en la Comisión Principal, respecto al eventual cambio comicial peruano; por último, se dijo que en la sesión del 28 de junio de 1979, se votaron dos preceptos constitucionales: la disposición transitoria tercera, que exigía para las elecciones de 1980 el 36% de los votos válidos, y el artículo 203 el cual afirma que el Presidente es elegido por sufragio directo y por más de la mitad de los votos válidamente emitidos; preceptos que se votaron juntos y simultáneamente, porque el propósito fue consagrar las mis-

mas reglas de juego, inmediatas y futuras, y por eso el Jefe del Estado fue electo sin computarse como válidos los votos en blanco y nulos; además que, ese fue el criterio que tuvo el Senado en mayoría, al empezar a debatir la Ley 23903.

Efectuada la votación, obtuvieron el siguiente resultado: los magistrados Eguren Bresani y Basombrio Porras votaron en el sentido de que la demanda era fundada en la parte en que se solicitó se declare inconstitucional el artículo 6 de la Ley 23903, en cuanto consideraron a los votos nulos como votos válidamente emitidos; y que era infundada en cuanto se solicitó se declare la inconstitucionalidad del artículo 6 de la Ley 23903 en la parte que señaló que debían considerarse los votos en blanco como válidamente emitidos.

Los magistrados Silva Salgado, Rodríguez Mantilla y Osoreo Villacorta votaron en el sentido de que era infundada la demanda en todas sus partes, es decir, que para los efectos del artículo 203 de la Constitución de 1979, debían estimarse como votos válidamente emitidos los votos en blanco y los nulos; Corso Masías y Aguirre Roca votaron en el sentido que la demanda era fundada en todas sus partes, esto es, que los votos nulos y blancos no debían considerarse como votos válidamente emitidos para los efectos de la aplicación del artículo 203.

160

El voto de Peláez Bazán fue porque se declare fundada la demanda en todas sus partes y porque no sólo era inconstitucional el artículo 6 de la Ley 23903 en su primer párrafo, sino también el segundo acápite de ese mismo artículo, o sea que para los efectos del artículo 203 de la Constitución no debían estimarse como votos válidamente emitidos los votos nulos y blancos, ni debían ser en la segunda vuelta otra mayoría que la exigida en la primera elección.

Los fundamentos del voto de Eguren Bresani y Basombrio Porras se sustentó en que el ciudadano ejecutaba un acto jurídico al sufragar, que culminaba, y se perfeccionaba con la emisión de su voto, en cámara secreta, en un acto libre y voluntario, que concluía con la introducción del sobre en el ánfora respectiva; ninguna norma le obligaba a escoger un candidato y señalarlo, de modo tal que, si su voto, al momento del escrutinio, resultaba estar en blanco, el acto jurídico que realizó es válido y, por consiguiente, no adolecía de nulidad.

Expresaban los citados magistrados que, la exigencia de la mayoría absoluta para ser elegido Presidente y su forma que establecía, según la Constitución de 1979, no era una novedad en aquella legislación electoral, sino que había sido afirmada por las constituciones y leyes electorales de la República hasta el año 1920, en que se adoptó el sistema de la mayoría relativa, un sistema reproducido en la Constitución de 1933 que eliminó la vigencia de los votos nulos y en blanco para los efectos del cómputo final.

Siendo así que su voto fue porque se declare fundada la demanda en la parte que pidió que se declare la inconstitucionalidad del artículo sexto de la Ley 23903, en tanto dispone que debían considerarse como votos válidamente emitidos, los votos nulos; y porque se declare infundada la demanda en cuanto solicitó que se declare inconstitucional el artículo 6 citado, donde expresó que los votos en blanco debían considerarse válidamente emitidos. Y, en consecuencia, que los votos nulos no debían computarse para establecer la mayoría absoluta que precisaba el artículo 203 de la Constitución para ser elegido Presidente; y que los votos en blanco sí debían computarse para tal efecto.

Respecto del voto de Corso Masías, se tiene presente que sus fundamentos son la excepción de la Constitución de 1933, que en su artículo 138, mencionó votos válidos, para ser proclamado Presidente; las demás Constituciones que han regido la vida del país, desde el 12 de febrero de 1821, (Reglamento Provisional), hasta la promulgación de la Constitución de 1979, en parte alguna se refieren a los votos en blanco y viciados o nulos. En tal sentido, afirmó Corso que la Constitución de 1979 en su artículo 203 expresó: “El Presidente de la República es elegido por sufragio directo y por más de la mitad de los votos válidamente emitidos”. Explica que como antecedente inmediato tenemos que en las Elecciones Generales de 1980 no se computaron como válidos los votos en blanco y viciados; si se hubieran computado no se habría logrado el 36% para elegir al Presidente, sino el 35.2%; y la elección hubiera tenido que decidirla el Congreso entre los dos candidatos de más alta votación (Tercera Disposición General Transitoria de la Constitución). Por tanto, su voto fue porque se declare inconstitucional el primer párrafo del artículo 6 de la Ley 23903, en tanto transgredió y desnaturalizó las disposiciones pertinentes de la Constitución de 1979.

161

El voto de Silva Salgado expresó que la autoridad presidencial debía provenir de la mayoría del pueblo, de la mayoría de los electores que lo constituían. No de una mayoría relativa, y, por esto mismo, aleatoria; sino de una verdadera mayoría indiscutible, que sólo podía ser la de la mayoría absoluta de los electores, esto es, de su mitad más uno, por lo menos. Según el magistrado, uno de los propósitos fue que el Presidente resultara del voto de la mayoría absoluta de los electores y no de una mayoría relativa, que hubiera agravado, indudablemente, la debilidad de los gobernantes legítimos frente a las ambiciones de los caudillos militares.

En el proceso electoral peruano, los votos nulos y en blanco producían los efectos jurídicos que precisaba la Constitución en sus artículos 290, inciso 1, y 292, inciso 2. No eran, pues, “incomputables”, sino que, por lo contrario, tenían que ser computados para los efectos señalados por mandato constitucional en los artículos citados. Por estas consideraciones, su voto fue porque se declare infundada la demanda. El voto de

Peláez Bazán tuvo como fundamento el concepto jurídico-electoral de “votos válidamente emitidos”, esto es, una emisión de votos legal y correcta. Dilucidaba su posición mediante esta reflexión: lo que válidamente se hace, es lo válido, lo contrario, o no lo hecho conforme a ley, es lo nulo, para concluir que dentro de los votos válidamente emitidos o válidos, no pueden estar, no están comprendidos, los nulos ni los en blanco. Afirmó que si el propósito del Constituyente de 1979 hubiese sido comprender dentro de los votos válidos a los nulos y blancos o que la verdadera significación fuera otra no hubiera expresado en la norma citada “votos válidamente emitidos”, sino simplemente votos emitidos, dentro de cuyo universo sí cabían y estaban además los nulos y blancos. De esta manera, el reconocimiento de la validez del voto y el de la norma referida, se estaba excluyendo de aquel universo a los que son nulos y blancos.

Peláez afirmó que no se podía ni debía olvidar que conforme al pensamiento moderno de los grandes maestros del Derecho Político y Constitucional y al imperio de lo razonable, en el voto electoral, se expresa un deseo, un pedido, una adhesión, una opinión; por lo que votando en blanco, su titular no se adhiere a nadie, no pide, ni opina nada. Para el magistrado votar en blanco no era expresión válida de voluntad, del titular de la obligación, al votar en blanco, el titular dejaba de ejercer su derecho y, por tanto, no podía ni debía ser computado su voto compulsivamente por el Estado. Esto último, explicaba, equivaldría a “torcer la voluntad del elector”, que en aquella forma decidió abstenerse y, en uno u otro caso (con el voto nulo, el blanco o con ambos) no sería legal o justo, ni moral incrementar una votación legítima e inobjetable como sucederá

162

Para Peláez, el voto en blanco y los nulos por vicios formales que los preveía la ley Electoral en su artículo 144 nunca se tomó en cuenta y se excluyeron del cómputo. Afirmó el magistrado que el elector, en estos casos, votando, mal podía considerar como válido aquel que carecía de pronunciamiento y no cumplía el objetivo fundamental del sufragio, esto es: elegir. Mucho menos tenía tal valor aquel voto que había sido declarado nulo por causas que la ley preveía. Finalmente, sintetizó que a la luz de la ley, la doctrina, la tradición y la razón, el artículo 6 de la Ley 23903, resultaba, inconstitucional y carecía de todo sustento jurídico. Se consideraba inconstitucional, porque violaba y desnaturalizaba el artículo 203 de la Constitución de 1979, y usurpaba el Poder Constituyente al contrariar el artículo 306 de la misma.

Dicho magistrado resaltó que del análisis lógico de la Constitución, esta misma nos ofrecía la prueba absoluta de la tesis aplicable: “Cuando prescribe en su artículo 203 que el cómputo de los sufragios para la elección de presidente se verifique sobre los válidamente emitidos es porque conoce y reconoce —y nadie que tenga rectitud en su juicio lo entendería en forma distinta—, que existen otros votos emitidos que no son válidos o que han sido emitidos de tal forma o modo que los invalida”.

Por último, mencionó que sería un contrasentido que siendo la Constitución peruana una de las más avanzadas en América Latina contenga dos sistemas diferentes de votación electoral, uno, para sólo contabilizar los votos válidos o sea los que favorecen a los partidos, como aquel que se observó en las elecciones del 80 de conformidad con la Tercera Disposición Transitoria de la Constitución; y, otro, el que ponía en vigencia la Ley 23903 impugnada, es decir el que computaba para los efectos de la elección del Presidente no sólo los votos válidamente emitidos sino también los nulos y en blanco, contradiciendo el espíritu, texto y sentido de la ley fundamental. En síntesis, Peláez consideró que se debía declarar fundada la acción de inconstitucionalidad. Además, que debía hacerse extensiva y comprender igualmente, por su conexión e innegable interdependencia con el mismo primer párrafo impugnado, al segundo párrafo del mismo artículo glosado.

El voto de Rodríguez Mantilla explicó que, en el cumplimiento de la norma constitucional, función que correspondía cautelar el Tribunal de Garantías, debía tenerse en cuenta, no aquello que el constituyente quiso consagrar, sino lo que efectivamente consagró; ya que la interpretación de las normas constitucionales solo correspondía al Congreso.

Rodríguez afirmó que si bien es verdad que la Constitución de 1979 garantizaba y protegía el imperio del Derecho; también era cierto que el Derecho se determinó y estableció en la Ley; la que forzosamente tenía que subordinarse a ella; en su conjunto explicaba que eran concepciones que llevaban a la convicción de que el artículo 6 de la Ley 23903, materia de la impugnación, no infringía el artículo 203 de la Constitución.

163

El magistrado consideró que si los votos en blanco no se computaban, no tendría explicación legal ni jurídica la norma que contenía el artículo 290 de la Constitución de 1979, cuyo primer inciso facultaba al Jurado Nacional de Elecciones a declarar la nulidad del proceso electoral, cuando los sufragios emitidos en sus dos terceras partes eran nulos o en blanco. En este sentido, señaló que el artículo 203 de la Constitución restablecía en forma categórica el principio de la mayoría absoluta que rigió en las constituciones y leyes especiales del siglo XIX para la elección del Presidente de la República; esto es, que el primer mandatario sería elegido por más de la mitad de los votos válidamente emitidos.

Afirmó que el Presidente electo debía obtener un número tal de votos válidos, que pase de la mitad de los votos válidamente emitidos; lo que exigiría más de 4 millones de votos válidos en la primera vuelta, conforme al ejemplo propuesto a base de 8 millones de electores y para establecer la mayoría absoluta debían forzosamente computarse conjuntamente con los votos válidos, votos nulos y los en blanco. Por tanto, su voto fue porque se declare infundada la demanda.

El voto del magistrado Manuel Aguirre Roca tenía como sustento que las interpretaciones sistemática y aritmética confirmaban que, los votos “nulos” no debían computarse para la determinación del cociente electoral. Además, que los votos blancos tampoco debían computarse para determinar el cociente electoral.

La fundamentación del magistrado inicia considerando que los votos nulos y blancos son gemelos, de tal manera que o los dos eran considerados en el cómputo para la determinación del cociente fijado en el artículo 203 de la Constitución de 1979 o ninguno lo era. Además que, como acto electoral, tenía que cumplir ciertos requisitos como lo es la forma, la capacidad, el objeto lícito posible y la causa recta o real, caso contrario sería considerado inválidamente emitido y no podría considerarse como realizado.

Además, el magistrado mencionó el caso de “el trasplante” del artículo 290, tema tratado en la parte correspondiente al “Análisis Sistemático” de su voto. Refirió que al trasplantarse, tal cual el régimen del artículo 290, se había querido respetar el régimen aritmético-jurídico que de él se desprendía, es decir, detalló que: (i) los nulos y los blancos eran, entre sí, idénticos; (ii) ambos, nulos y blancos, eran diametralmente distintos de los “válidos”; (iii) los signos aritméticos de los nulos y los blancos —iguales entre sí— eran necesariamente opuestos a los de los válidos, de modo que si el de éstos (los válidos) era positivo, el de aquéllos tenía que ser negativo, pues, de lo contrario, no se explicaría el que los efectos de los dos tipos de votos sean antitéticos, es decir, que mientras los unos tendían a anular el proceso —a hacerlo naufragar— los otros tendían a sostenerlo y reflotarlo; (iv) los nulos y los blancos, en caso de alcanzar algún valor numérico, sólo podrían valer un tercio, aunque con signo contrario, del valor de los “válidos”; (v) en consecuencia, de sumarse nulos, blancos y válidos, tendría que operarse una resta mixta, en que el minuendo sería un entero y el sustraendo un quebrado; y, finalmente, afirmó que, al igual que en el régimen que enmarcó a la Constitución de 1933, los nulos y los blancos no podían tenerse en cuenta para la determinación del cociente electoral.

De tal manera, el Constituyente, al trasplantar el artículo 290 referido, tuvo dos opciones: o no trasplantar, simplemente, la regla señalada, o aclarar, y al hacerlo el injerto quedaba limitado a ciertos efectos y fines, pero no tenía el propósito de hacerle desplegar a la regla toda su potencialidad matemático-legal. Según el magistrado, el Constituyente no hizo lo uno ni lo otro, sino que, antes bien, operó un trasplante literal y redondo; por tanto habría que pensar que el injerto era pleno, integral y que, por ello, repercutía hasta los últimos confines del correspondiente régimen matemático-jurídico, es decir que, los nulos y los blancos no debían tomarse en cuenta en el cómputo del cociente electoral, pues así ocurría, para repetirlo, en el marco de

referencia de la Constitución de 1933. Bajo estos fundamentos, se sustentó el voto del magistrado porque se declarase fundada la demanda.

El voto del magistrado Luis Osoreo Villacorta mencionó que en la Constitución de 1979 se introducían los votos válidamente emitidos, al establecerse en la génesis de esta innovación, por medio del artículo 203, que, “El Presidente de la República es elegido por sufragio directo y por más de la mitad de los votos válidamente emitidos”. Afirmó que, por tanto, resultó preciso analizar debidamente el verdadero sentido de ese instituto electoral dentro del contexto del articulado de la referida Constitución Política de 1979 y, asimismo, que para ello se debía analizar coherentemente los contornos de las figuras “voto válido”, “voto emitido” y “votación nacional válida”. Consideró muy importante conocer los motivos que inspiraron la aprobación simultánea de la primera parte del artículo 203 y su Tercera Disposición Transitoria.

Así también señaló que, aunque estas consideraciones parecían ajenas a la función de un magistrado de aquel Tribunal que era órgano de control de la Constitución, cuyas resoluciones no debía expedirlas como “si fuese legislador, porque su misión es la constitución imparcialmente conforme a las reglas de la sana crítica”, tenía presente, sin embargo, su deber supremo de emitir su opinión sin cálculo político alguno teniendo en mira sólo el bien público, porque ése era el propósito de la Constitución Política del Estado. Por estas consideraciones, el voto del magistrado fue porque se declare infundada la demanda.

165

Temas clave: Derecho electoral — Derecho político — elecciones — votos nulos — votos válidamente emitidos — votos viciados.

TRIBUNAL DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD INTERPUESTA POR SESENTIÚN SEÑORES DIPUTADOS CON EL FIN DE QUE SE DECLARE INCONSTITUCIONAL EL ARTÍCULO SEXTO DE LA LEY VEINTITRES MIL NOVECIENTOS TRES.

Lima, 19 de febrero de 1985.

VISTOS; resulta de autos, que con escrito de fecha 30 de octubre de 1984, recibido en Mesa de Partes del día 02 de noviembre del mismo año el Señor Diputado Doctor Javier Valle Riestra y otros sesenta señores miembros de la Cámara de Diputados, interponen acción ante el Tribunal de Garantías Constitucionales, para que se declare inconstitucional el primer párrafo del artículo 6 de la Ley 23903 que dice: “para los efectos del artículo 203 de la Constitución, se entiende por votos válidamente emitidos, la totalidad de los sufragios computados, incluyendo los que resultaren nulos y en blanco”.

166

Aduce la demanda, como fundamentos de hecho: Que las Constituciones Peruanas desde la de 1823 hasta la de 1919, jamás aludieron como computable, a los votos válidos; Que la Carta Política de 1933 fue la primera que mencionó votos válidos en su artículo 138 y la misma que tuvo como antecedente el “Proyecto Villarán” que, en su exposición de motivos, no señaló ningún elemento de juicio que diera a entender que los votos blancos y nulos eran computables; Que el debate en la Asamblea Constituyente de 1931, tuvo como **debium**, el voto de la mujer, el voto de los militares, el voto de los analfabetos y el voto a los de 18 años; nadie terció para alegar que los votos en blanco o nulos fuesen escrutables para alcanzar el solio presidencial; Que bajo el imperio de la Constitución de 1933, se realizaron las elecciones de 1936, 1939, 1945, 1950, 1956, 1962 y 1963, así como procesos ediles, y nunca se estimó, como votación válida, la blanca o la nula; Que ese criterio es el que recogieron las normas electorales peruanas pretéritas y posteriores, comprendidas entre el 26 de abril de 1822 y el 27 de agosto de 1979, Decreto Ley este último, que normó el proceso electoral de 1980, en que resultara electo el actual Presidente de la República, computándose únicamente como votos válidos, los positivos, y no los nulos ni los blancos; Que durante el proceso constituyente de 1978-1979, nadie pretendió incluir los votos nulos o blancos como válidos, ni pronunció palabra alguna en el Pleno o en la Comisión Principal, respecto al eventual cambio del tradicional cambio comicial peruano; Que en la sesión del 28 de junio de 1979, se votaron dos preceptos constitucionales: la disposición transitoria tercera, que exigía para las elecciones de 1980 el 36% de los votos válidos, y el artículo 203 que dice que: El Presidente de la República es elegido por sufragio directo y por más de la mitad

de los votos válidamente emitidos; preceptos que se votaron juntos y simultáneamente, porque el propósito era consagrar las mismas reglas de juego, inmediatas y futuras, y por eso el actual Jefe del Estado, fue electo sin computarse como válidos los votos en blanco y nulos; Que ese fue el criterio que tuvo el Senado en mayoría, al empezar a debatir la que es hoy la Ley 23903, como se advierte de los dictámenes de las Comisiones de Constitución y Especial y Reglamento; Que Luego de su aprobación senatorial, en el debate que se originó en la Cámara de Diputados, se varió lo aprobado y se involucionó al actual texto del artículo 6 de la ley citada que consagra como válidos, los votos nulos y blancos: así, con oficio de 23 de agosto de 1984, el Presidente de la Cámara de Diputados remitió al Senado el Proyecto sustitutorio, y este Cuerpo Legislativo, advirtiendo que si insistía no habría ley, constitucionalmente hablando, cedió a una precaria mayoría de Diputados que impuso, por mecánica constitucional, una ley inexecutable, contra la Ley de Leyes; Que nuestra Constitución no es originaria, sino derivada, y que hay que remitirse al arquetipo primigenio para descubrir su esencia; en el caso de Francia no se computan para la primera ni para la segunda vuelta los votos nulos y en blanco; Que el Colegio de Abogados de Lima se ha pronunciado en contra de la inconstitucional Ley reguladora de la segunda vuelta o **ballotage**; Que para la validez del acto jurídico, y el acto electoral lo es, la ley exige agente capaz y objeto lícito y, en quien vicia o vota en blanco, no lo hay, desde que no existe voto enderezado a elegir; Que si los votos nulos y blancos son válidos, ¿cuáles son los no válidos, los inválidos?; que es evidente que son nulos los votos de quienes se hallan con la ciudadanía suspendida, conforme al artículo 66 de la Constitución, así estén premunidos de una libreta electoral y que si, hipotéticamente votasen, podría suceder que los votos nulos de los interdictos, de los presos y de los sentenciados a inhabilitación, fuesen escrutados, y también el del que vicia su voto, es decir quien votó por quien no es candidato; Que si el propósito del constituyente hubiera sido quebrar la historia constitucional y la doctrina, habría dicho simplemente votos emitidos y no válidamente emitidos; Que esto lo corrobora el artículo 290 de la Carta Política al decir que el Jurado Nacional declara la nulidad del proceso electoral nacional: 1.- Cuando los sufragios emitidos, en sus dos terceras partes, son nulos o blancos. No dijo: 1.- Cuando los sufragios válidamente emitidos, en sus dos terceras partes, son nulos o blanco.

Como fundamento de derecho la parte demandante invoca los artículos 75, 296, 298 (inciso 1), 299 y 301 de la Constitución Política; los artículos 19 al 33 de la Ley Orgánica del Tribunal, y variada doctrina político-constitucional; y acompaña además, abundante prueba documental.

Que en fecha 05 de noviembre de 1984, el Pleno Administrativo del Tribunal, por motivo de encontrarse delicados de salud varios señores magistrados, acordó por unanimidad, haciendo uso de la facultad que le concede el artículo 304o. de la Carta

Política, que la acción de inconstitucionalidad se viera en la ciudad de Lima, en cuanto a resolver sobre su admisibilidad o inadmisibilidad, se reunió el Pleno Jurisdiccional con asistencia de los señores Eguren Bresani, Basombrio Porras, Silva Salgado, Corso Masías, Peláez Bazán, Rodríguez Mantilla, Aguirre Roca y Osoreo Villacorta, y tras haber deliberado en privado, declaró, por unanimidad, admisible la acción, por haberse observado en la demanda, las disposiciones legales que establecen la Constitución y la Ley Orgánica del Tribunal; y en cumplimiento de lo prescrito en el artículo 31 de la ley citada, se corrió traslado de la demanda al Señor Presidente del Congreso de la República, para su conocimiento y la formulación del alegato correspondiente.

Que el representante señor doctor Roberto Ramírez del Villar, como apoderado del Congreso del Perú, contesta la demanda negándola en todas sus partes, fundándose en las siguientes razones; Que la Constitución vigente contiene numerosas instituciones, que significan sustanciales modificaciones de las contenidas en la Carta Política de 1933, entre ellas: 1.- Que el Presidente de la República sea elegido por la mayoría absoluta del electorado y no por mayoría simple mayor del tercio; 2.- Que el cuerpo electoral este representado por más de la mitad de los votos válidamente emitidos, y no la mayoría relativa de los votos válidos; y 3.- Que si la mayoría absoluta no se alcanza, es el propio cuerpo electoral —y no el congreso— el que, demanda, en segunda votación, elige a uno de los dos (no tres) candidatos que, en la primera elección, han logrado las dos más altas mayorías relativas; Que los fundamentos de la reforma, expuestos durante el debate en la Asamblea Constituyente y en la Comisión Principal, eran que el Presidente debe ser elegido por más de la mitad de los ciudadanos y no por una minoría, que puede significar que los otros dos tercios de ciudadanos estén en su contra; y además, al representar a la Nación, debe contar con el mayor respaldo político, tanto más que se le han otorgado mayores atribuciones que las que le reconocía la Carta anterior, y si tal mayoría absoluta no se lograba en la primera elección, fuese la misma fuente de la soberanía quien decida, no el Congreso, donde los intereses determinarían que el Presidente debiera su elección a la mayoría parlamentaria y quedara, por tanto, dependiente de ella; Que la tradición nacional de elección por mayoría absoluta consta en todas las Constituciones del siglo XIX, y en consecuencia, no es una incorporación del sistema francés; Que el sistema electoral de la mayoría absoluta se caracteriza porque el elegido debe alcanzar, por lo menos, más de la mitad de votos del total de los electores, en tanto que el de la mayoría simple se basa en que el ganador obtenga más votos en relación con los candidatos contrarios —por eso se llama también mayoría relativa— aunque no se rebase la mitad de los sufragios emitidos; Que su fundamento se encuentra en el principio sustentado por romanistas y canonistas de que, a falta de unanimidad, únicamente una mayoría absoluta puede traducir la voluntad del colegio electoral concebido como un cuerpo autónomo; Que ese sistema se ha utilizado en diversos países del mundo que a

continuación puntualiza; Que, en el Perú, el principio de mayoría absoluta se empleó en las corporaciones electorales coloniales y en todas las constituciones del siglo XIX y sus respectivas leyes electorales, los reglamentos internos de las Cámaras Legislativas, los Colegios de Abogados; y para probar su afirmación, hace un análisis de las constituciones y las leyes electorales, a partir de la Constitución de 1822 hasta la de 1867; la Ley de Elecciones del 17 de diciembre de 1892 y la Ley 2108 del 04 de febrero de 1915; Que por consiguiente, no es cierta la afirmación de los demandantes de que las constituciones del siglo XIX y las leyes electorales anteriores a las Cartas de 1920 y 1933, que establecen un sistema de mayoría absoluta, “jamás aludieron como computables a los votos nulos y blancos” puesto que no necesitaban hacerlo, porque el cómputo y escrutinio se hacía sobre el total de votos emitidos y la mayoría absoluta se establecía, como se sigue haciendo en la Cámara de Diputados, sobre el total de votantes, cualquiera que sea el contenido de los votos; Que el proyecto del PPC sometido a consideración de la Asamblea Constituyente el 07 de febrero de 1979, como dictamen de minoría, dijo: “más de la mitad de los votos válidamente emitidos, porque referirse a los inscritos resultaba irreal, pues el Padrón Electoral era deficiente, y lo puede seguir siendo no obstante la nueva inscripción y además, el ausentismo puede producirse y originar la distorsión del sistema; que los votos válidos, pero estos son características del sistema de mayoría simple o relativa (Constituciones de 1920, 1933); Que son votos válidamente emitidos todos los que depositan los ciudadanos en el acto electoral, siempre que no sean impugnados por razón de identidad (artículo 125 del Decreto Ley 14250), o que algún elector haya introducido más de una cédula (artículo 135) en cuyo caso se anulan éstos por no haber sido válidamente emitidos; Que siguiendo su exposición el defensor de la parte demandada hace un examen de las distintas etapas del acto eleccionario, expresando que iniciado el escrutinio, es decir la apertura de los sobres, se encontrarán votos válidos, es decir los destinados a los candidatos, votos en blanco que revelan disconformidad del elector con todos los candidatos y los nulos que contienen generalmente errores formales de los electores (artículo 143) y los viciados que también se consideran nulos, pues suelen contener injurias u otras formas de protesta, y que para que el candidato sea elegido en primera vuelta, se requiere que, los votos válidos que reúna, sea igual o mayor que la mitad más uno de los válidamente emitidos; Que resulta difícil comprender que en la Asamblea Constituyente “nadie pretendió incluir los votos nulos o blancos como válidos” y que “nadie pronunció palabra alguna, en el Pleno, o en la Comisión Principal, respecto a su eventual cambio del tradicional régimen constitucional peruano” porque nadie en efecto, pretendió ni pretende que los votos nulos o en blanco se conviertan en válidos; si nada dicen o están viciados, no son válidos aunque hayan sido válidamente emitidos; porque el cambio del sistema electoral (mayoría simple por mayoría absoluta) que era evidente, no requería de un debate académico sobre qué significaba cada uno de ellos, tanto porque nadie lo había planteado, cuanto porque era de suponer que una

Asamblea Constitucional estaba integrada por elementos que conocían las instituciones de Derecho Constitucional que estaban aprobando; teniéndose en cuenta, además que el sistema tradicional peruano no era el de mayoría relativa sino el de mayoría absoluta; Que el sistema de mayoría absoluta no era desconocido por los asambleístas, lo demuestra la elección por la propia Asamblea Constituyente de su Junta Directiva aplicando ese sistema, así como tampoco lo es para los diputados, que año tras año lo aplican para las elecciones de la Comisión Directiva de la Cámara, como lo demuestra los documentos que acompaña; Que no es exacto que la Constitución Peruana se haya inspirado o copiado de la francesa, o más propiamente de la enmienda de 1962, sobre la elección presidencial, encontrándose coincidencia únicamente, en cuanto no sea el Congreso sino el propio electorado el que se pronuncie, en caso que los candidatos no alcancen la mayoría absoluta; que, continuando su alegato, la parte demandada hace un análisis de la elección en segunda vuelta, refiriéndose a su aplicación en el Poder Legislativo, conforme a las disposiciones de las Cartas Políticas que allí señala; Que para la segunda vuelta, agrega, las legislaciones disponen que no se exija mayoría absoluta, en previsión de no lograrse ésta por alguna maniobra de absentismo partidario, o por no hacer uso del derecho de votar, en los países donde el sufragio no es función, pues si la elección queda circunscrita a dos candidatos, alguno de ellos alcanzarán la mayoría absoluta; Que la reforma constitucional de la Carta de 1979, en este aspecto, se limitó a no abrir posibilidad alguna de tercera o más votaciones, o que se permitiera competir a más de dos candidatos, o que el Congreso se sustituye a la voluntad popular, rompiendo el principio de separación de poderes; Que aceptar la interpretación que hacen los demandantes de considerar únicamente a los votos válidos, no sólo colisiona con los artículos 290o., inciso 1) y 292 inciso 2) de la Constitución, sino tergiversa el sistema de mayoría absoluta, ya que significaría una reforma constitucional para retornar al sistema de mayoría relativa, sin siquiera el mínimo del tercio que figuraba en la Constitución de 1933; Que, finalmente, el artículo 203 de la Constitución y por consiguiente el artículo 6 de la Ley 23903, no constituyen fórmula discriminatoria para ningún partido, pues el sistema electoral se aplica a todos los partidos y candidatos contendientes, siendo la igualdad principio fundamental de la Carta Política.

Que, estando al estado del procedimiento, se señaló para la vista de la causa la ciudad de Arequipa, el día 15 de enero del presente año; Que, reunido el Pleno Jurisdiccional con asistencia de los señores magistrados Eguren Bresani, Basombrío Porras, Silva Salgado, Corso Masías, Peláez Bazán, Rodríguez Mantilla, Aguirre Roca y Osoreo Villacorta, se vio la causa en audiencia pública, informando, por la parte demandante, el señor Diputado doctor Javier Valle Riestra y, por la demandada, el señor Diputado doctor Roberto Ramírez del Villar, quedando la causa al voto; Que, debatidos en sesiones privadas los fundamentos aducidos por los interesados, tanto en sus escritos de demanda como de

contestación, así como los argüidos posteriormente durante el proceso, y los de los propios de los señores magistrados; encontrándose los miembros del Tribunal en aptitud de emitir su voto, el señor Presidente citó a sesión de Pleno Jurisdiccional a realizarse el día 12 de los corrientes a las tres de la tarde, habiendo concurrido los señores Eguren Bresani, Basombrío Porras, Silva Salgado, Corso Masías, Peláez Bazán, Rodríguez Mantilla, Aguirre Roca y Osoreo Villacorta; Que al momento de efectuarse la votación el Magistrado doctor Luis Osoreo Villacorta solicitó su postergación aduciendo que debido a una enfermedad en la vista que le aquejaba, estando en tratamiento, solicitaba se postergase el acto por unos días, conforme al certificado médico que acompaña.

Después de un cambio de opiniones entre los señores Magistrados, se accedió al aplazamiento solicitado, señalando el señor Presidente el día dieciocho de los corrientes a las diez de la mañana para la Sesión de Pleno Jurisdiccional; y en atención a que el tratamiento que recibía el doctor Osoreo era en la ciudad de Lima, se acordó, por unanimidad, haciendo uso de la facultad que le acuerda al Tribunal el artículo trescientos cuatro de la Constitución Política, que dicha sesión se efectuara en la Capital de la República.

Reunidos en el local del Tribunal, en esta ciudad, los señores Eguren Bresani, Presidente; Basombrío Porras, Vicepresidente; Silva Salgado, Corso Masías, Peláez Bazán, Rodríguez Mantilla, Aguirre Roca y Osoreo Villacorta; y abierta la sesión, el señor Presidente expuso que se iba a “someter a votación la acción interpuesta por sesentinueve señores diputados para que se declare inconstitucional el primer párrafo del artículo sexto de la Ley veintitrés mil novecientos tres, que a la letra dice: “Para los efectos del artículo doscientos tres de la Constitución, se entiende por votos válidamente emitidos, la totalidad de los sufragios computados, incluyendo los que resultaren nulos y en blanco”.

Efectuada la votación, se obtuvo el siguiente resultado: Los señores Eguren Bresani y Basombrío Porras votaron en el sentido de que, la demanda era fundada en la parte en que se solicita se declare inconstitucional el artículo expresado en cuanto considera como votos válidamente emitidos, para establecer la mayoría absoluta a que se refiere el artículo doscientos tres de la Constitución Política, los votos nulos; y que era infundada en cuanto se solicita se declare la inconstitucionalidad del artículo sexto de la Ley número veintitrés mil novecientos tres para los efectos del artículo constitucional citado; los señores Silva Salgado, Rodríguez Mantilla y Osoreo Villacorta votaron en el sentido de que era infundada la demanda en todas sus partes; o sea que para los efectos del artículo número doscientos tres de la Carta Política, deben estimarse como votos válidamente emitidos los votos en blanco y los nulos; el señor Corso Masías Aguirre Roca votaron en el sentido de que la demanda es fundada en todas sus partes, esto es que los votos nulos y blancos no debían considerarse como votos válidamente emitidos para los efectos de la aplicación del artículo constitucional número doscientos tres. El voto del señor Peláez

Bazán fue porque se declare fundada la demanda en todas sus partes y porque no sólo es inconstitucional el artículo sexto, de la ley veintitrés mil novecientos tres en su primer párrafo, sino también el segundo acápite de ese mismo artículo, o sea que para los efectos del artículo doscientos tres de la Constitución no deben estimarse como votos válidamente emitidos los votos nulos y blancos, ni debe ser en la segunda vuelta otra mayoría que la exigida en la primera elección.

Visto el resultado de la votación y estando a lo prescrito en el artículo octavo de la Ley Orgánica del Tribunal número veintitrés mil trescientos ochenticinco, que dispone que para obtener resolución en las acciones de inconstitucionalidad, se requiere de seis votos conformes; no habiéndose obtenido este número en la indicada votación; el primer párrafo del artículo sexto de la Ley número veintitrés mil novecientos tres conserva su vigencia; y los accionantes su derecho a replantear la demanda.

Agréguese como parte integrante de lo actuado, los fundamentos de los votos de los señores Magistrados intervinientes.

Regístrese; comuníquese y archívese.

172

EGUREN BRESANI
BASOMBRÍO PORRAS
SILVA SALGADO
CORSO MASIAS
PELÁEZ BAZAN
RODRÍGUEZ MANTILLA
OSORES VILLACORTA

Se publicó conforme a ley.

Lo que certifico:

Manuel Visalot Chávez
Secretario-Relator

La declaración que antecede se publica sin la firma del Magistrado Dr. Aguirre Roca, por haberme manifestado, no estar de acuerdo con ella.

Lo que certifico:

Manuel Visalot Chávez
Secretario-Relator.

Ref. Acción de inconstitucionalidad del primer párrafo del artículo 6° de la Ley 23903

**FUNDAMENTOS DEL VOTO DE LOS SEÑORES EGUREN
BRESANI Y BASOMBRÍO PORRAS**

El artículo doscientos tres de la Constitución Política dice textualmente:

“El Presidente de la República es elegido por sufragio directo y por más de la mitad de los votos **válidamente emitidos**. Si ninguno de los candidatos obtiene mayoría absoluta, se procede a segunda elección dentro de los treinta días siguientes, entre los candidatos que han obtenido las dos más altas mayorías relativas”.

El artículo sexto de la Ley número veintitrés mil novecientos tres expresa:

“Para los efectos del artículo doscientos tres de la Constitución, se entiende por **votos válidamente emitidos**, la totalidad de los sufragios computados, incluyendo los que resultaren nulos y en blanco. Para el caso de segunda elección será proclamado Presidente de la República el candidato que obtuviere la mayor votación”.

173

Se ha interpuesto una acción por sesentiún Diputados para que se declare inconstitucional la primera parte del artículo sexto citado, estimando que : “el Parlamento ha usurpado el poder constituyente al introducir subrepticamente, una reforma de la Carta al margen del procedimiento previsto en el numeral trescientos seis de la Ley Fundamental, para desnaturalizar el sentido del artículo doscientos tres, atribuyéndole a los constituyentes (y a la norma) un propósito que no tuvieron al considerar como **válidamente emitidos** todos los votos emitidos, incluyendo blancos y nulos, lo que tergiversa el sentido de la institución”.

La parte demandada niega y contradice la acción por considerar que el artículo citado es constitucional.

Del examen de las opuestas posiciones legales sostenidas se llega a la conclusión, de que la controversia está centrada en definir qué alcances da la Carta Política a la frase **voto válidamente emitido**.

La Constitución Política en el Capítulo VII que trata de los Derechos Políticos, prescribe que los ciudadanos tienen el derecho de participar en los asuntos públicos directamente o por medio de representantes libremente elegidos, en comicios periódicos y de acuerdo con las condiciones determinadas por la Ley.

Ese derecho se ejerce mediante el sufragio. Tienen derecho de votar, dice el artículo sesenticinco: “todos los ciudadanos que están en el goce de su capacidad civil. El voto es personal, igual, libre, secreto y obligatorio”.

El acto de emitir el voto lo efectúa el elector en la Cámara secreta en posesión de la cédula que le ha sido entregada, indicando la persona a quien designa para ser elegida, dejándola en blanco, o invalidando su voto conscientemente, por ignorancia o error.

Todo fenómeno o manifestación externa que es producto de efectos legales para el derecho, se denomina hecho jurídico; cuando este hecho procede de la voluntad humana, se llama acto jurídico.

El ciudadano ejecuta un acto jurídico al sufragar, que culmina, y se perfecciona con la emisión de su voto, en cámara secreta, en un acto libre y voluntario, que concluye con la introducción del sobre en el ánfora respectiva; ninguna norma le obliga a escoger un candidato y señalarlo, de modo tal que si su voto, al momento del escrutinio, resulta ser en blanco, el acto jurídico que realizó es válido y no adolece de nulidad. El artículo segundo inciso vigésimo-a- de la Carta Política dice: “nadie está obligado a hacer lo que la Ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”. El mandato imperativo de la Carta Política al ciudadano es que sufrague, es decir que vote, no le ordena que elija, caso en el que sí estaría obligado a seleccionar un candidato.

174

La expresión de la voluntad en el acto jurídico, como lo manifiesta el artículo ciento cuarentiuno del Código Civil, no solamente es expresa sino que también puede ser tácita, y esto se produce cuando la voluntad se infiere indubitadamente de una actitud o circunstancias de comportamiento que revelan su existencia, siempre y cuando la ley no exija declaración expresa.

La emisión del voto es la decisión electoral del ciudadano en el proceso, por eso la Ley catorce mil doscientos cincuenta, en su artículo ciento veinte, inciso primero, manda que “el voto sólo podrá ser emitido por el mismo elector” y cuida de su autenticidad disponiendo que el propio votante lo introduzca en el ánfora en presencia de los miembros de la mesa electoral y de los personeros de los partidos.

Para llegar al momento de la emisión del voto, se han observado diversas disposiciones de la Ley Electoral, que los integrantes de la mesa están obligados a respetar y hacer cumplir.

No es igual la situación cuando se trata de los votos nulos. Al momento de emitir su voto el elector en la cámara secreta, está consciente de que el acto jurídico que realiza, si bien es producto de su voluntad, es nulo por mandato de la Ley número dieciséis

mil ciento cincuentidós artículo vigésimo sétimo, ley que está obligado a conocer Es un acto reprobado o prohibido por una norma jurídica pre-existente; y es antijurídico desde que lleva un ánimo contrario a la ley. El artículo doscientos diecinueve inciso sétimo del Código citado, declara nulo el acto jurídico que la ley considera nulo. Esta nulidad es ipso jure y el cumplimiento de las formalidades legales previas ni las posteriores le dan licitud, es insubsanable y sólo puede ser comprobada en el acto del escrutinio.

El artículo doscientos noventa de la Constitución no hace distingo entre los votos blancos y nulos para los fines de la anulación del proceso electoral. Esto no quiere decir que les atribuya la misma naturaleza, igual razón de invalidez en sus orígenes; los agrupa para establecer cuál es el porcentaje que ha tenido el candidato de mayor votación entre todos los votos emitidos, porque es necesario un mínimun de apoyo popular. Esta agrupación es únicamente en atención a los efectos que produce. En esta etapa del proceso electoral lo que importa es establecer el número global de votantes que, en una u otra forma, no sustentan la candidatura presidencial.

Si bien es verdad que hay votos que no proceden de una intención ilegal, sino que son producto del error o ignorancia, es imposible efectuar un análisis que así lo establezca y en todo caso, son nulos porque carecen de la voluntad del agente.

175

En esta causa no se trata de determinar los efectos favorables o desfavorables de los votos nulos y en blanco en el sistema democrático, ni la dilucidación de la doctrina más apropiada a la estructura de un Estado Democrático Republicano; el Tribunal de Garantías Constitucionales es un Tribunal de Derecho y como tal obligado a aplicar la norma constitucional.⁴

La exigencia de la mayoría absoluta para ser elegido Primer Mandatario de la Nación y su forma de establecerla según la Carta de mil novecientos setentinieve, no es una novedad en nuestra legislación electoral, ha sido afirmada por las constituciones y leyes electorales de la República hasta el año mil novecientos veinte, en que se adoptó el sistema de la mayoría relativa, sistema reproducido en la Constitución de mil novecientos treintitrés, que eliminó la vigencia de los votos nulos y en blanco para los efectos del cómputo final.

Por estas razones, nuestro voto es porque se declare fundada la demanda en la parte en que se pide que se declare que es inconstitucional el artículo sexto de la Ley veintitrés mil novecientos tres, en tanto dispone que deben considerarse como votos válidamente emitidos, los votos nulos; y porque se declare infundada la demanda en cuanto solicita que se declare inconstitucional el artículo sexto citado, donde expresa que los votos en blanco deben considerarse válidamente emitidos. Y en consecuencia, que los

votos nulos no deben computarse para establecer la mayoría absoluta que precisa el artículo doscientos tres de la Constitución política para ser elegido Presidente de la República; y que los votos en blanco si deben computarse para tal efecto.

EGUREN BRESANI
BASOMBRÍO PORRAS

Lo que certifico:

Manuel Visalot Chávez
Secretario-Relator.

**VOTO DEL SEÑOR SILVA SALGADO EN EL PROCESO DE
INCONSTITUCIONALIDAD DEL PRIMER PÁRRAFO DEL ARTÍCULO
SEXTO DE LA LEY VEINTITRES MIL NOVECIENTOS TRES.**

Considerando: Que al expresar el Preámbulo de la Constitución Política de mil novecientos setentinueve que los Constituyentes estaban “decididos ... a fundar un Estado democrático, basado en la voluntad popular y en su libre y periódica consulta” evidentemente se refiere a su propósito de establecer —como efectivamente ha establecido— las instituciones y los instrumentos jurídicos que aseguren, por lo menos en principio, acabar con lo que se ha llamado gráficamente “movimiento pendular”, que ha llevado con frecuencia a la República de los gobiernos legítimos a los de facto, para lograr, por esa vía regular, el modelo de sociedad “justa, libre y culta, sin explotados ni explotadores, exenta de toda discriminación por razones de sexo, raza, credo o condición social, donde la economía esté al servicio del hombre y no el hombre al servicio de la economía; una sociedad abierta y formas superiores de convivencia y apta para recibir y aprovechar el influjo de la revolución científica, tecnológica, económica y social que transforma el mundo” que el Preámbulo y la misma Constitución nos proponen; que para conseguir ese propósito, además de las instituciones que ha restablecido, elevado a rango constitucional y creado, fortaleciéndolas, otorgándoles autonomía y por añadidura, en el caso del Poder Judicial, atribuyéndole renta propia, al Presidente de la República le atribuye presidir el Sistema de Defensa Nacional como Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales -artículos doscientos once, inciso diecisiete, y doscientos setentitrés, para que, en caso de alzamiento o golpe de estado, sus cabecillas incurran en delitos previstos y sancionados por el Código de Justicia Militar; lo faculta para disolver por una sola vez la Cámara de Diputados —artículos doscientos veintisiete a doscientos veintinueve—; lo autoriza a decretar los estados de emergencia y de sitio por plazo determinado, con acuerdo del Consejo de Ministros y danto cuenta al Congreso o a su Comisión Permanente —artículo doscientos treintauno—; preside el Consejo de Ministros cuando lo convoca o asiste a sus sesiones —artículo doscientos quince— y puede, entonces, legislar mediante decretos legislativos por delegación del Congreso —artículo doscientos quince y ciento ochentiocho—; dirige la política general del Gobierno, la exterior y las relaciones internacionales; celebra y ratifica tratados y convenios internacionales; de conformidad con la Constitución; declara la guerra y firma la paz con autorización del Congreso; negocia los empréstitos y dicta medidas extraordinarias en materia económica y financiera cuando así lo requiere el interés nacional, con cargo de dar cuenta al Congreso —artículo doscientos once, incisos tercero, decimocuarto, decimonoveno y vigésimo—. La Constitución de mil novecientos setentinueve quiere, pues un

Presidente de la República que de verdad sea el Jefe del Estado y personifique a la Nación —artículo doscientos uno—, entendida como una pluralidad política —artículo sesenticuatro—. Declara, para ello, que todos tienen el deber de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación —artículo setenticuatro— al extremo de negar obediencia a un gobierno usurpador, cuyos actos son nulos, y autorizar la insurgencia del pueblo en defensa del orden constitucional —artículo ochentidós—. Salvo la de mil novecientos treintitrés, en su artículo ciento treinticuatro, ninguna otra Constitución Peruana —ni siquiera la autoritaria de mil ochocientos treintinueve— contiene la transcrita declaración del artículo doscientos uno de la vigente. Ni aún el Proyecto de Reforma Constitucional de don Bartolomé Herrera —del que Jorge Basadre ha escrito que “era un exponente del autoritarismo extremo que paradójicamente ostentaba puntos de contacto con algunas de las tendencias aparecidas en el Derecho Constitucional en el período intermedio entre las guerras mundiales: el robustecimiento del poder del Estado en desmedro del individuo y la representación corporativa” (Historia de la República del Perú, 6a. edición, tomo IV, página 208)— pasó de declarar, en su artículo ochenta, que: “El Presidente de la República es el Jefe de ella”, en una época en que los legisladores tenían muy presente el origen etimológico de la palabra República —“res pública”, cosa de todos—. Cierzo que —como escribió la Comisión Villarán en la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Constitución de mil novecientos treintiuno y lo han dicho otros constitucionalistas y escritores políticos nuestros antes y después de mil novecientos treintiuno— nuestras Constituciones “adoptaron como modelo para la organización del Poder Ejecutivo y para las relaciones de éste con el Congreso, la Constitución de los Estados Unidos, modificándola con elementos tomados de las Constituciones europeas. Copiaron la institución del Presidente de la República por el voto indirecto del pueblo y dieron al Presidente amplios poderes de gobierno correspondientes a un verdadero Jefe de Estado”. Pero en ninguna de ellas se encuentran atribuciones y facultades presidenciales tan importantes, de tantas posibles consecuencias para la vida nacional, como en la vigente.

Por tanto, la autoridad que la Constitución de mil novecientos setentinueve reconoce al Presidente de la República sólo le puede ser concedida por el pueblo, titular del poder político, como lo declara su artículo ochentiuno y lo han declarado todas las anteriores, aunque confundiéndolo algunas de ellas con la Nación, constituida por todos los peruanos, cualesquiera que sean su edad, capacidad o condición, el pueblo sólo son los ciudadanos; pueblo que es la fuente de la soberanía y del derecho a gobernar que ostentan sus delegados en “una República democrática y social, independiente y soberana”, como lo proclama el artículo setentinueve de la Constitución vigente y lo reiteran sus artículos cincuentiocho, en cuanto a los funcionarios y servidores

públicos, y doscientos treintidós, en cuanto a los tribunales y juzgados; República democrática en que “es deber ciudadano sufragar en comicios políticos y municipales” por mandato de su artículo setenticinco; deber que alcanza a todos los peruanos que determina su artículo sesenticinco, precisamente porque su gobierno es representativo, como lo declara su artículo setentinove, sin más exclusión que la de los miembros de las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales en servicio activo, como lo dispone su artículo sesentisiete. Como ha enseñado Carlos Sánchez Viamonte “el más importante constitucionalista de Hispano América”, en opinión del abogado y apoderado de los demandantes, expresada ante este Tribunal- “solo forman el pueblo los ciudadanos, es decir, los habitantes que poseen derechos políticos y que pueden intervenir en la formación del gobierno”; agrega : “En los estados republicanos democráticos cuyos gobiernos no son de derecho divino, la soberanía reside abstractamente en la sociedad y concretamente en el pueblo. Esa soberanía es un poder social encarnado en el ente colectivo **pueblo** y se manifiesta por medio de las normas jurídicas que crean, organizan y reglamentan el Estado de derecho” — “Manual de derecho Constitucional”, Buenos Aires, 4a Edición, noviembre de 1959, pág. 63.

Pero esa concesión de autoridad presidencial debe provenir de la mayoría del pueblo, de la mayoría de los electores que lo constituyen. No de una mayoría relativa, y, por esto mismo, aleatoria; sino de una verdadera mayoría indiscutible, que sólo puede ser la de la mayoría absoluta de los electores, esto es, de su mitad más uno, por lo menos. Esta es la tesis sostenida en las Constituciones Políticas que se han dado en el Perú en el siglo XIX. Los fundadores de la República, los que la forjaron entre los desvelos, angustias y ostracismos, “los hombres de traje negro” de que ha hablado Basadre, inermes en su lucha contra los caudillos militares, unos astutos y ambiciosos como Gamarra, otros brillantes como Salaverry y cultos como Vivanco, otros intuitivos y realistas como Castilla, buscaron en la autoridad moral resultante de un Presidente electo por la mayoría absoluta de los electores, el escudo que necesitaban para contener el caudillaje de los soldados victoriosos en las guerras de la independencia y de la afirmación de la nacionalidad, Luna Pizarro Sánchez Carrión, Mariátegui, Rodríguez de Mendoza, Pedemonte, Vigil, Pedro Gálvez, “los hombres de traje negro”, en general, predominantes en los Congresos Constituyentes del siglo XIX - “generosos, idealistas y patriotas”, como los califica Basadre (obra citada Tomo I, pág. 243) establecieron, en las Constituciones y en las leyes que el Presidente de la República saliese de la mayoría absoluta de los colegios electorales o del Congreso, bajo el régimen de elecciones impuesto por el atraso de un país sin carreteras, ni ferrocarriles, con el elevado analfabetismo de las masas que entonces padecíamos y bajo las ideas de la época. No se enjuicia, ahora, cómo eran esas elecciones, quiénes y cuántos eran, socialmente hablando, los electores, de qué defectos y corruptelas padecían aquéllas en el Perú de

su época, Sin embargo, ha escrito Basadre: “Para las elecciones de diputados en el primer Congreso Constituyente, el sufragio fue concedido en el Reglamento pertinente (abril de 1822) a los casados mayores de veintiún años que “tengan casa abierta”. Ni la propiedad, ni la condición de saber leer y escribir, ni la de pagar impuestos ni la de ejercer alguna profesión o industria llegaron a ser exigidos, pues, en este Reglamento (que estableció el sufragio directo). La mención de la “casa abierta” parece eliminar a los sirvientes y a los vagos.- la Constitución de mil ochocientos veintitrés exigió para votar ser casado o tener veinticinco años y poseer una propiedad o ejercer cualquiera profesión o arte con título u ocuparse en alguna industria. Los sirvientes y jornaleros quedaron privados del sufragio. Después de intenso debate se acordó exigir el requisito de saber leer y escribir con posterioridad al año de mil ochocientos cuarenta. La Constitución de mil ochocientos veintiocho no mantuvo el principio de que el sufragio debía concederse (como habían dicho los autores de la Constitución de 1823) sobre la base de la utilidad común; es decir, lo consideró un derecho innato de la persona humana. Podían votar (según ella) los que hubieran cumplido veintiún años de edad o fueran casados, sin ningún otro requisito especial de educación, profesión o propiedad. Sin embargo, para ser elector exigió “saber leer y escribir, excepto por ahora a los indígenas con arreglo a lo que prevenga la ley de elecciones”. De modo que los indígenas que no supieran leer y escribir podrían ser electores. Este dispositivo fue de hecho modificado por la ley de elecciones diecinueve de mayo de mil ochocientos veintiocho al establecer que en los pueblos de indígenas si había que elegir dos o tres electores podía elegirse a uno que no supiese leer ni escribir; si se elegían cinco o siete, dos, y así progresivamente, o sea un tercio de los electores podía ser analfabeto. La Constitución de mil ochocientos treinticuatro reservó para la ley electoral la tarea de decidir quiénes gozarían del derecho de sufragio. La ley de agosto de mil ochocientos treinticuatro otorgó el voto a los mayores de veintiún años o casados; no impuso la condición de saber leer ni escribir; excluyó a los mendigos públicos y a los sirvientes domésticos; y exigió “pagar alguna contribución al Estado o estar reservado legalmente de pagarla, o tener algún empleo público o algún grado o profesión científica u oficio mecánico sujeto a contribución industrial o pertenecer al clero regular”. Es decir, vinculó el sufragio no sólo a la edad o al matrimonio sino también al pago de impuestos, salvo los que hubiesen optado por la profesión religiosa. Fue así como dió el voto a los indígenas tributarios analfabetos. La Constitución de mil ochocientos treintinueve fue a mi criterio de restricción, si se le compara con sus precedentes. Volvió al requisito de los veinticinco años o ser casado, que había señalado la Carta de mil ochocientos veintitrés para el sufragio; ratificó la condición de “pagar alguna contribución no estando exceptuado por ley”, con lo cual convirtió en norma constitucional la parte de la ley de elecciones de mil ochocientos treinticuatro; y añadió la

prescripción de “saber leer y escribir”, para exceptuar “a los indígenas y mestizos hasta el año de mil ochocientos cuarenticuatro en las poblaciones donde no hubiera escuelas de instrucción primaria”. Es decir, podían votar hasta mil ochocientos cuarenticuatro éstos y los indígenas que fueran analfabetos, en tanto que la prohibición del sufragio era absoluta si se trataba de los demás ciudadanos en esa condición de analfabetismo. El problema del sufragio de los indígenas llegó a ser brillantemente discutido en el Congreso de mil ochocientos cuarentinueve, como se verá más adelante”. Agrega Basadre: “El sufragio fue declarado obligatorio en la ley reglamentaria de mil ochocientos veinticuatro. El que se abstenía de votar no podía ser elegido en ese acto electoral. Los nombres de los que hubieran faltado al deber de sufragar se publicaban con este título: “Lista de los ciudadanos que han dejado de votar... por indiferencia al bien de la comunidad y en desprecio de sus mismos derechos, pudiendo más en ellos una criminal indolencia que el amor a la Patria”. Esta lista debía ser tomada en cuenta por el Senado para calificar el patriotismo de los en ella incluidos al tiempo de proveer los empleos. Las leyes electorales promulgadas en mil ochocientos veintidós, en mil ochocientos treintidós y en mil ochocientos treinticuatro mantuvieron el voto obligatorio. No así leyes posteriores”. “El sufragio debía ser secreto según la Constitución de mil ochocientos veintitrés. La ley de mil ochocientos veinticuatro dispuso que las cédulas se entregaran dobladas al presidente de la mesa, quien las depositaba, en una urna. Este régimen secreto fue mantenido hasta mil ochocientos noventicinco”. Y en cuanto al proceso electoral, dice Basadre: “El procedimiento tuvo sustancial continuidad también hasta mil ochocientos noventicinco. Las mesas receptoras de sufragios eran escogidas por elección popular. Los ciudadanos de cada parroquia comenzaban designando a las personas encargadas de recibir los votos. Ante las mesas así formadas sufragaban por un número de electores proporcional a la población de cada localidad; y enseguida, los electores reunidos en colegio electoral, elegían a representantes al Congreso y Presidente de la República. Los poderes de los representantes eran calificados por las Cámaras”. (Jorge Basadre, *Historia de la República del Perú*, 6a. edición, tomo II, págs. 265 a 267).

Los propósitos de los legisladores peruanos de entonces eran, pues, evidentemente amplios, liberales, patrióticos, “revolucionarios” para su tiempo; y uno de esos propósitos fue que el Presidente de la República resultara del voto de la mayoría absoluta de los electores y no de una mayoría relativa, que hubiera agravado, indudablemente, la debilidad de los gobernantes legítimos frente a las ambiciones de los caudillos militares. Por esto, si bien el Presidente de la República era elegido por el Congreso, según el artículo sesenta, inciso vigésimo cuarto de la Constitución de mil ochocientos veintitrés, ese Congreso resultaba de “la pluralidad absoluta de sufragios”, según su artículo cuarenticinco. Si la de mil ochocientos veintiocho disponía en su artículo

ochentiséis que “la elección del Presidente de la República se hará por los colegios electorales”, también disponía, como bases de la elección, que los electores fueran elegidos “por mayoría absoluta de votos” de cada colegio y que “el que reuniera la mayoría absoluta de votos del total de electores de los colegios de provincia sería el Presidente”; disposición que repitió la Constitución de mil ochocientos treinticuatro en sus artículos sesentinueve y setentiuno; la de mil ochocientos treintinueve cuyo artículo setenta si se remitía a la ley en cuanto al modo y forma de la elección del Presidente por los colegios electorales, en su artículo setentidós disponía que “el que reuniera la mayoría absoluta de votos del total de electores de colegios de provincia será el Presidente”; la de mil ochocientos cincuentiséis, que en su artículo treintisiete estableció el sufragio popular directo y en su artículo setentisiete que “será Presidente el que obtuviera mayoría absoluta de sufragios”; la de mil ochocientos sesenta, que dispuso en sus artículos ochenta y ochentiuno que: “El Presidente de la República será elegido por los pueblos, en la forma que prescriba la ley” y “El Congreso hará la apertura de las actas electorales, las calificará, regulará los votos y proclamará Presidente al que hubiese obtenido mayoría absoluta”; y la de mil ochocientos sesentisiete, que mantuvo el sufragio popular directo en su artículo treintinueve y repitió, en su artículo setentitrés, el texto del artículo ochentiuno de la de mil ochocientos sesenta. Inclusive el Proyecto de Reforma Constitucional que con fecha catorce de agosto de mil ochocientos sesenta presentó al Congreso don Bartolomé Herrera, disponía en su artículo ochenticuatro que “será Presidente de la República el elegible que hubiera obtenido la mayoría absoluta de votos del total de electores”. Sólo la crisis de los partidos políticos en mil novecientos diecinueve, el fracaso de la convención de partidos a base de civilistas, liberales y “futuristas”, las irregularidades y violencias electorales en relación con las candidaturas presidenciales de Leguía y de Aspíllaga, el “pronunciamiento” o golpe de estado del cuatro de julio de mil novecientos diecinueve, en cuyo manifiesto decía Leguía que: “La consideración de que es un deber ineludible obtener que no se frustré el voto popular emitido ya me obliga a asumir la Jefatura Suprema de la República como Presidente Provisional” y que: “Las reformas de la Constitución que son indispensables y que tengo prometidas a la nación las hará el pueblo mismo, prestándoles su sanción directa”, (Basadre, obra citada, tomo XIII, págs. 5 a 25), con su consecuente fin del Partido Civil sin ningún otro que lo reemplazara en la vida política del país, trajeron el abandono de esa tradición constitucional de la mayoría absoluta y su sustitución por una mayoría relativa indeterminada en la Constitución de mil novecientos veinte, cuyo artículo sesentisiete se limitó a disponer que “el sufragio en las elecciones políticas se ejercerá conforme a la ley electoral sobre las bases siguientes : 1º) Registro permanente de inscripción; 2º) voto popular directo; 3º) Jurisdicción del Poder Judicial, en la forma que determine la ley, para garantizar los

procedimientos electorales, correspondiendo a la Corte Suprema conocer de los procesos e imponer las responsabilidades a que hubiere lugar en los casos que igualmente la ley establezca”. Constitución bajo cuyo régimen Leguía se reeligió sucesivamente hasta su estrepitosa caída en mil novecientos treinta, como consecuencia de la grave crisis económica provocada en el mundo entero por lo que la Historia Económica ha llamado “el Jueves Negro”.

Va a ser la Constitución de mil novecientos treintitrés la que disponga, en su artículo ciento treintiocho, que, “Para ser proclamado Presidente de la República por el Jurado Nacional de Electores se requiere haber obtenido la mayoría de los sufragios, siempre que esta mayoría no sea menor de la tercera parte de los votos válidos”, bajo la influencia del Anteproyecto de Constitución de la Comisión Villarán, que contenía esa norma en su artículo sesentidós. Refiriéndose a los meses inmediatamente anteriores a la Constituyente de mil novecientos treintauno ha escrito Basadre: “He aquí una de las etapas más llenas de incertidumbre y de inestabilidad en la historia del Perú republicano. Desde el veintidós de agosto de mil novecientos treinta en que surgió el pronunciamiento del comandante Sánchez Cerro contra Leguía hasta que el comandante Jiménez entró al Palacio de Gobierno el cinco de marzo de mil novecientos treintauno hubo en Lima, en menos de siete meses, seis movimientos militares de carácter político y la insignia del poder presidencial cambió cinco veces de poseedor (Leguía, Ponce, Sánchez Cerro, Elias Jiménez) sin contar las horas en que estuvo encargada a Monseñor Holguín. En el período de un mes (al cerrarse este ciclo) se produjeron seis insurrecciones militares y durante varios días funcionó un Gobierno en Lima y otro en el sur, este último dividido en una Junta Castrense y una Junta Civil. La amenaza de un desquiciamiento nacional era evidente. Poco tiempo más tarde surgiría en el cuartel de Santa Catalina un motín de clases y sargentos. A la agitación política había que añadir la crisis económica y hacendaría y la subversión social, resueltamente empujada por el partido comunista, parapetado en la Confederación General de Trabajadores del Perú. Dentro de la concepción tradicional de la enseñanza de la historia del Perú... este capítulo ha de ser uno de los más penosos”. Recuérdese que el Decreto Ley siete mil ciento setentisiete, de veintiséis de mayo de mil novecientos treintauno conforme al cual se realizaron las elecciones de once de octubre del mismo año, en concordancia con el artículo sesentisiete de la Constitución de mil novecientos veinte, sólo exigió el veinticinco por ciento de los sufragios para la elección del Presidente de la República; que, según las cifras que da Basadre en su obra citada (tomo XIV, pág. 168) “la población electora inscrita en toda la República fue de trescientos noventidós mil trescientos sesentitrés. De ella eran mestizos doscientos treinticuatro mil quinientos cuarentiséis; indígenas, noventa y siete mil novecientos cuarenta; blancos, cincuenta y seis mil ciento treinta y cinco; y negros, tres mil setecientos treinta y seis. Tenían sólo educación elemental ciento veinticuatro mil ciento noventa y cinco; primaria, doscientos

catorce mil doscientos cuarentidós; media, cuarentiún mil novecientos sesentiocho; comercial, ochocientos noventinueve; y superior once mil sesentiséis. Votaron únicamente trescientos veintitrés mil seiscientos treintidós electores. Dejaron de sufragar sesentiocho mil setecientos treinta y uno o sea un porcentaje importante (el 17%). Precisa más adelante Basadre que el candidato triunfante, Sánchez Cerro, sólo alcanzó el treintiocho por ciento de los votos, en tanto que sumados los votos de otros candidatos —Haya de la Torre, La Jara y Osoreo— llegaron al cincuenticinco por ciento. Expone, así mismo, la tacha aprista a esas elecciones, cuya nulidad el Apra pidió formalmente; y detalla el Historiador de la República todo lo que sobrevino después.

Resulta, entonces, que bajo las Constituciones que se proponían alcanzar la estabilidad de los gobiernos, la regularidad de la República, la consulta periódica al pueblo soberano, el Presidente de la república debía ser elegido por la mayoría absoluta de los electores; en tanto que, cuando los constituyentes de mil novecientos diecinueve y de mil novecientos treinta y uno no estaban seguros de que el candidato presidencial de su preferencia la obtuviera, establecieron la simple mayoría o mayoría relativa “de votos válidos”, según la Constitución de mil novecientos treinta y tres.

184

La legislación electoral de la República ha regulado los procesos electorales según las distintas disposiciones constitucionales correspondientes. Así, el Reglamento de veintiséis de abril de mil ochocientos veintidós —anterior, por tanto, a la Constitución de mil ochocientos veintitrés— disponía en sus artículos veinticuatro y siguientes cómo se constituía la junta que debía efectuar los escrutinios, eligiendo “por pluralidad de votos” a su presidente, escrutadores y secretarios, después de lo cual, según su artículo veintinueve, “se procederá... a tomar una **razón exacta del número de ciudadanos que han sufragado en todas las parroquias del departamento** para estimar de esta manera **la pluralidad absoluta de sus sufragios**”, para concluir que: “Aquella porción de individuos igual al número de diputados que en razón de propietarios y suplentes correspondían al departamento y **que haya obtenido la pluralidad absoluta de todos sus sufragios**, esa misma es la porción de sus diputados propietarios y suplentes”, su artículo treinta y cinco disponía: “Luego que en virtud del escrutinio... aparezcan electos de diputados los ciudadanos que hubiesen tenido **la pluralidad absoluta de sufragios de todas las parroquias del departamento** extenderá el secretario el acta.”.

La ley de treinta de enero de mil ochocientos veinticuatro reglamentaba las elecciones en los colegios electorales y disponía en su artículo cincuenta: “Terminada la votación se procederá al escrutinio y **quedaran elegidos los que hubieren reunido la pluralidad absoluta, esto es, la mitad y uno más de los sufragios**. Si ninguno hubiere obtenido esta pluralidad, entrará en segunda votación o escrutinio el doble número

de los Diputados que faltaren, de los que hayan tenido mayor número de sufragios, procediéndose a tercera o más si fuese necesario”.

La ley de catorce de mayo de mil ochocientos veintiocho decía en su artículo cincuenticuatro: “Terminada la votación se procederá al escrutinio... **se tendrán por electos los que hubieren reunido la pluralidad absoluta, esto es, la mitad y uno más de los sufragios**”; refiriéndose su artículo sesentiséis a la elección, en forma, de los senadores y sus artículos setentitres y siguientes a la de Presidente y Vicepresidente de la República por los colegios electorales de provincia, concluyendo su artículo ochentitrés; **“si del escrutinio resultare la mayoría absoluta se tendrá por concluida la votación** y se publicará su resultado por los secretarios”. —La ley de tres de julio de mil ochocientos treinticuatro disponía en sus artículos setenta a setentidós el proceso de la elección del Presidente de la República” con arreglo a lo dispuesto en el artículo sesentinueve de la Constitución. — La de veintinueve de noviembre de mil ochocientos treintinueve reglamentó en igual forma esa elección en sus artículos sesentisiete y siguientes. —La de cuatro de abril de mil ochocientos sesentiuno dispuso en su artículo sesentinueve que “en la elección de Presidente y Vice-presidentes se observarán las mismas formalidades prescritas para la elección de diputados”, reglamentada por sus artículos cuarenticuatro y siguientes disponiendo su artículo el cuarentisiete que: “Concluida la votación se practicará el escrutinio y la regulación y se tendrá por electo **al que hubiese obtenido la mayoría absoluta, esto es, la mitad de los sufragios emitidos y uno más**”. Conviene anotar que la Resolución Legislativa de veintidós de noviembre de mil ochocientos sesentiocho, aclaratoria, modificatoria y ampliatoria de la ley de mil ochocientos sesentiuno, y la ley de diecinueve de setiembre de mil ochocientos setentidós que estableció jueces y fiscales, así como determinadas penalidades, no alteraron las disposiciones de aquella ley relativas a las elecciones de diputados, senadores y Presidente y Vicepresidente de la República.

Fundado el sistema electoral peruano, pues, en el principio “un elector, un voto”, el conjunto de electores formaba el “cuerpo electoral” al que la Constitución de mil ochocientos veintiséis se refiere expresamente en su artículo veintitres que dice: “El Cuerpo electoral se compone de los electores nombrados por los ciudadanos sufragantes”; y era el número total de electores que servía para determinar su mayoría absoluta o sea la mitad más uno de ellos, y no el contenido de su voto, no la expresión de su voluntad a favor de un candidato, o de abstención en relación con la lista de candidatos —el voto en blanco— o de protesta en contra de todos o del sistema —el voto viciado deliberadamente—, o el que resultaba viciado por ignorancia del elector de las formalidades electorales o por su error o negligencia. Así lo dispusieron nuestras Constituciones y leyes electorales, sin duda alguna; así se hizo en las elecciones realizadas bajo su vigencia hasta mil novecientos veinte. Corre en autos fotocopia de las páginas cuarentinueve a

cincuentiuno del tomo VIII —mil ochocientos sesentidós - mil ochocientos sesentitres— de los Anales del Congreso del Perú, edición oficial, en que textualmente se dice: “Inmediatamente después se procede a hacer el escrutinio de conformidad con las conclusiones del dictamen de la Comisión Revisora de las Actas de Elecciones practicadas para los cargos de Presidente y Vicepresidente de la República, que termina sus trabajos presentando al Congreso tres cuadros que demuestren el total de electores sufragantes y el número de los votos que han recaído en cada uno de los señores considerados por los pueblos para los cargos referidos. Los cuadros expedidos con fecha veintinueve agosto de mil ochocientos sesentidós dan los resultados siguientes: Los electores sufragantes han sido cuatro mil seiscientos quince. La mayoría absoluta asciende a dos mil trescientos ocho. El cargo de Presidente ha recaído en el señor Gran Mariscal don Miguel San Román por tres mil cuatrocientos uno. El de primer Vicepresidente en el señor General don Juan Antonio Pezet por dos mil quinientos cincuenticuatro. Ninguno de los candidatos considerados para la segunda vicepresidencia reúne la mayoría absoluta del sufragio. Los dos que han obtenido mayor número son: El General don Pedro Diez Canseco, por mil ochocientos veintisiete. Y el señor don Manuel Costas, por mil treintiuno”. Se refiere a continuación el acta a la elección por el Congreso, de acuerdo con la Constitución, del segundo Vicepresidente de la República, obteniendo el general Diez Canseco sesenticuatro votos y el señor Costas cuarentidós.

Corren también, en autos, fotocopias de páginas del libro “Derecho Constitucional Universal e Historia del Derecho Público Peruano”, de don Manuel Atanasio Fuentes, Lima, mil ochocientos setenticuatro, cuya página trescientos noventiuno contiene el “modelo de acta para la formación de la mesa permanente” que el autor propone en los términos siguientes: “Acto continuo, ocupando sus respectivos asientos los señores presidente, escrutador y secretario elector; y entre ellos los ciudadanos concurrentes, procedieron a la elección de un presidente, cuatro escrutadores y dos secretarios, de que debe componerse la mesa permanente, de entre los ciudadanos en ejercicio que tengan las cualidades prevenidas por la ley. Concluida la votación y hecho el escrutinio, resultaron electos para el cargo D.N. por tantos votos, para el de los segundos D.N. por tantos votos y D.N. por tantos, etc. y para el del tercero D.N. y D.N. por tantos, obteniendo además D.N. y D.N. tantos votos; **en blanco tantos y viciados tantos, que sumados todos igualan al número total de sufragantes**, con lo cual quedó compuesta la mesa permanente...”; y del “Manual de Prácticas Parlamentarias” del mismo autor, Lima, mil ochocientos sesentinueve en cuya página noventiocho se lee: “Toda elección se hará en las Cámaras por escrutinio; tendrán en ellas los Presidentes voto igual al de los senadores y diputados, se dará principio a elección, contando el secretario el número total de votantes; después cada senador o diputado escribirá, en una cédula el nombre de la persona o Personas por quienes vote, la que recibirá el Presiden-

te, y sin leerla la depositará en una urna que ha de estar sobre la mesa, publicando el nombre del votante; concluido este acto se procederá a la regulación de los votos entre el Presidente y secretario; se comprobará cotejándola con el número total de votantes y se publicará: **queda electo el que obtenga la pluralidad absoluta**".

Presentados por el apoderado de los demandantes, corren además en autos el folleto que contiene el "Reglamento Interior de las Cámaras Legislativas", aprobado el veintiséis de agosto de mil ochocientos cincuentitrés, bajo la Constitución de mil ochocientos treintinueve, cuyo capítulo X —votaciones— artículo sétimo, dice: Las votaciones se decidirán por pluralidad absoluta, esto es, por más de la mitad"; y el Reglamento Interior del Senado, vigente desde el Quince de octubre de mil novecientos ochenta, en que se independizó del Reglamento anteriormente citado, en cuyo artículo vigésimo se lee: "El Presidente, al ser llamado depositará su cédula doblada en un ánfora. Los demás Senadores subirán al estrado entregando sus respectivas cédulas al Presidente, quien, sin leerlas, las colocará sucesivamente en el ánfora. Concluido este acto, el Presidente procederá a contar los votos y anunciará a la Sala: "Han votado. . . Senadores. Mayoría..." Quien hubiera obtenido la mitad más uno de los votos emitidos será el elegido".

Corren, también en autos, presentadas por el apoderado del Congreso, fotocopias de:

187

- 1) La sesión de clausura de las Juntas Preparatorias de la Asamblea Constituyente de mil novecientos setentiocho, de veintisiete de julio de ese año, en que fue elegido Presidente de esa Asamblea el señor Víctor Raúl Haya de la Torre, conforme a lo dispuesto en el artículo quinto, que se inserta, del Capítulo II —Juntas Preparatorias— del Reglamento Interior de las Cámaras Legislativas, conforme al cual "el veintisiete de julio reunidos los dos tercios del total de cada Cámara, se tendrá la última Junta en que cada Cámara nombrará un Presidente, un Primer y un Segundo Vicepresidentes, dos Secretarios, un Prosecretario, un Prosecretario Bibliotecario y un Tesorero **por pluralidad absoluta**". En la segunda hora de la sesión y con asistencia, entre otros, de los señores Cáceres Velásquez Pedro, García Mundaca, Julve, León de Vivero, Roca, Vargas y Valle Riestra, el señor Presidente (Bedoya Reyes) dijo, textualmente: "Se va a proceder a la elección de Presidente de la Asamblea Constituyente. Se va a llamar a los señores Representantes para que depositen su voto. El Relator llamó a los señores Representantes. El señor Presidente. Si algún señor Representante no hubiera sido llamado, puede acercarse a la Mesa para depositar su voto. (Pausa). Cerrada la votación. Se va a proceder al cómputo de los votos. (Pausa). **Han sufragado ochenticinco señores representantes. El número de cédulas coincide con el de votantes. Mayoría absoluta: cuarenticuatro votos.** Se va a proceder al escrutinio. (Escrutinio).

El resultado del escrutinio es el siguiente: Señor Víctor Raúl Haya de la Torre, sesenticinco votos. Señor Genaro Ledesma Izquieta, dieciséis votos. **En blanco**, cuatro votos. Total: Ochenticinco votos. El señor Presidente. Ha resultado elegido Presidente de la Asamblea Constituyente el señor Representante don Víctor Raúl Haya de la Torre (Aplausos prolongados). En consecuencia lo proclamo Presidente de la Asamblea Constituyente (aplausos)". A continuación consigna el acta el resultado de las restantes elecciones como sigue: Para Primer y Segundo Vicepresidente, los señores Luis Alberto Sánchez y Ernesto Alayza Grundy, con sesenticuatro votos cada uno, los señores Aragón Gallegos y Javier Diez Canseco, veinte cada uno, y en blanco uno, sobre un total de ochenticinco y una mayoría absoluta de cuarenticuatro votos. Así para la de los demás cargos, computándose, en todos los casos, un constante voto en blanco. La única observación al acta fue del señor Ramírez del Villar, quien dijo: "Hay un error en el acta. No son doce votos en blanco para la elección del Presidente, sino cuatro", la que fue aprobada con esa corrección.

- 2) De la sesión de clausura de las Juntas Preparatorias de la Cámara de Diputados de veintisiete de julio de mil novecientos sesentitrés en que sufragaron ciento treinta y siete representantes, declarando la Mesa que la mayoría absoluta estaba constituida por setenta votos, obteniendo para Presidente el señor León de Vivero ochentidós votos; para Primer Vicepresidente el señor Teves Lazo ochenticuatro votos, computándose un voto en blanco y uno viciado; para Segundo Vicepresidente el señor Townsend Ezcurra con ochenticuatro votos, computándose un voto en blanco y uno viciado; como se computaron los votos en blanco emitidos en las elecciones para los restantes cargos.
- 3) Ocurrió lo mismo en las elecciones de la Cámara de Diputados de veintisiete de julio de mil novecientos sesenticinco, en que fue electo su Presidente el señor Enrique Rivero Vélez por ochenta votos; en la de veintisiete de julio de mil novecientos sesentisiete, en que fue elegido Presidente el señor Villanueva del Campo con sesentiocho votos; en la de veintisiete de julio de mil novecientos sesentiocho en que fue elegido su Presidente el señor Townsend Ezcurra con sesentiocho votos, registrándose para primer y segundo Vicepresidentes nueve y diez votos en blanco, respectivamente, que fueron computados para determinar la mayoría absoluta, así como dos viciados para Tesorero.
- 4) En las de la misma Cámara de veintisiete de julio de mil novecientos ochenta, con asistencia, entre otros, de los señores Balcazar, Cappelletti, García Pérez, Peña, Polay, Roca, Salaverry, Trelles Lara, Wizar, Valle Riestra, sobre ciento setentitrés representantes sufragantes se declaró mayoría absoluta la de ochentiocho

votos, computándose en esta mayoría doce votos en blanco para la elección de su Presidente, catorce votos en blanco para la de Primer Vicepresidente, en que la señorita Urizar obtuvo cincuentisiete; veinticuatro votos en blanco y cuatro viciados, en la de Secretarios; doce en blanco y tres viciados en la de Prosecretario; y cantidades parecidas de votos en blanco y de viciados en las de otros cargos, sin que nadie observara nada. En la de veintiséis de julio de mil novecientos ochentiuño, con asistencia, entre otros, de los señores Linares Gallo, Montenegro, Negreros, Vargas Haya, en que sufragaron ciento cincuenticinco representantes, cuya mayoría absoluta se declaró que eran setentinueve votos, se computaron diez votos en blanco para Presidente, diecisiete en blanco y uno viciado para Primer Vicepresidente, diez en blanco y uno viciado para Segundo Vicepresidente, diecisiete en blanco y dos viciados para Prosecretario, y cantidades parecidas de votos en blanco y un viciado para los otros cargos. Lo mismo ocurrió en la de veintiséis de julio de mil novecientos ochentidós, mil novecientos ochentitrés y mil novecientos ochenticuatro.

- 5) Las mismas normas se ha observado elecciones de Mesas Directivas de la Cámara de Senadores según las actas fotocopiadas que corren en autos correspondientes a mil novecientos sesenticuatro, en que fue elegido Presidente el señor Ramiro Prialé; mil novecientos sesentiséis en que lo fue el señor Luis Alberto Sánchez; novecientos sesentisiete, cuya acta registra la anulación de la primera elección de Presidente a favor del señor Daniel Becerra por el incidente, precisamente, de un voto en blanco antes no leído, obteniendo la presidencia, en tercera votación, el señor de la Piedra; la de mil novecientos ochenta, en que se computaron diez votos en blanco y dos viciados para determinar la mayoría absoluta de treintiún votos, sobre sesenta senadores sufragantes, para elección de Presidente; las de mil novecientos ochentiuño, mil novecientos ochentidós, mil novecientos ochentitrés y mil novecientos ochenticuatro, en todas las cuales se computaron los votos en blanco y viciados para determinar la mayoría absoluta sobre el total presente de electores.

Esta es la doctrina electoral peruana, originada en el Reglamento de mil ochocientos veintidós, consagrada por las Constituciones y las leyes electorales hasta mil novecientos veinte y mantenida en las Cámaras Legislativas hasta ahora. Nada tiene que ver, pues, con la cuestión planteada en la demanda, la Constitución de la V República Francesa, cuyo artículo sétimo, modificado en mil novecientos sesentidós, se refiere expresamente “a la majorité absolue des suffrages exprimés”, es decir, de sufragios expresados”, positivos, que contienen una declaración de voluntad a favor de un candidato, por lo cual no se computan los votos en blanco ni los nulos para determinar esa “mayoría absoluta”, que para don Francisco García Calderón sería “mayoría relativa”,

pues explica: “En este último sentido (en el del caso) la mayoría se divide en absoluta y relativa. **Mayoría absoluta es la mitad mas uno del número de votantes. Mayoría relativa es el mayor número de votos que se reúnen en favor de una persona o cosa cualquiera que sea el número de los que se han emitido** para otros objetivos diferentes. Por ejemplo, si en una elección hay diez votantes, la mayoría absoluta se forma con seis votos, que son la mitad más uno. Si en la misma elección A obtiene tres votos, B cinco y C dos, B es elegido por mayoría relativa, porque ha obtenido más votos que los demás considerados separadamente. Diccionario de la Legislación Peruana, 2a. edición, Lima, 1879, tomo II, pág. 1322.

Tampoco tiene que ver con la cuestión planteada la legislación electoral Argentina, pues, como expone Rodolfo Luis Ciri en su artículo “El sufragio político en blanco”, publicado en la Revista de Jurisprudencia Argentina cuyas fotocopias han presentado al Tribunal el apoderado de los demandante y de los que se transcribe lo que sigue: “La ley de elecciones nacionales ocho mil ochocientos setentinueve de mil novecientos doce, ley Sáenz Peña, consecuente con la concepción de su autor ha querido que el pueblo votara positivamente, así lo dice su artículo cuarentidós, “el elector encerrará en el sobre su boleta de sufragio” y **el artículo sesentidós nos habla de “boleta en blanco”, no de voto en blanco**, nominación viciosa y de uso posterior. Considerádosela voto inexistente porque con el escrutinio sólo se computaban las boletas de sufragio autorizadas. Si bien el citado artículo no declaraba expresamente la invalidez de la boleta en blanco, surge ello de su debida interpretación, al tener por tal a “las boletas no inteligibles, las que no contengan nombres propios de persona o contuviesen escritos varios cuyo orden no pueda determinarse. Ya la ley catorce mil treintidós de mil novecientos cincuentinueve es más explicativa, dado que su artículo ciento veintisiete, inciso tercero, ap. a), establece que: “sólo se computarán las boletas oficializadas”, con lo que desplaza a los sobres sin contenido alguno, y que “si aparecieran boletas no autorizadas por la Junta Electoral, se considerarán votos en blanco” con lo que se desechan los sobres que contienen papeles de cualquier naturaleza, con o sin impresiones, imágenes, escrituras, figuras o signos, **que no** sean boletas autorizadas”.

Dados los textos legales argentinos citados por Ciri en el artículo que fotocopiado corre en autos no era de esperar opinión distinta de la que Carlos Sánchez Viamonte expone en su artículo “El voto en blanco es abstención”, publicado en “La Prensa” de Buenos Aires, que en fotocopia ha presentado el apoderado de los demandantes y que corre en autos tanto más cuanto que las circunstancias políticas específicamente argentinas que lo determinaron han sido manifestadas por el autor en el mismo artículo, en que dice: “Nadie ignora que todas las elecciones arrojan un cierto porcentaje de votos en blanco, aceptado ya eso como una forma de normalidad en la práctica, pero en el caso presente es forzoso tener en cuenta el carácter que reviste en virtud de

la intervención que desde el exterior asume el tirano depuesto pretendiendo influir en la voluntad electoral argentina y, por consiguiente, en los destinos de nuestro país. Todos hemos visto fotografiado el documento por el cual el tirano depuesto aconseja votar en blanco, en su condición de amo absoluto de una parte del pueblo que acepta pertenecerle como vasallo o como súbdito”.

Ni las referidas, ni ninguna otra legislación extranjera, sino únicamente la peruana, puede, pues servir para explicar el artículo doscientos tres de nuestra Constitución de mil novecientos setentinueve, en el único sentido que tiene, que es el demostrado anteriormente.

¿Por qué dice, entonces, «de los votos válidamente emitidos»? Cuando la Constituyente de mil novecientos setentiocho se reúne, encuentra vigente el Decreto Ley catorce mil doscientos cincuenta, de cinco de diciembre de mil novecientos sesentidós, de acuerdo con cuyas disposiciones se realizaron las elecciones generales de nueve de junio de mil novecientos sesentitrés, cuyos artículos ciento veinticinco y ciento treinticinco disponen, respectivamente: “Si la identidad de un elector fuese impugnada por algún personero, los miembros de la Mesa resolverán en ese mismo acto la impugnación. De la resolución de la Mesa procede apelación ante el Jurado Departamental” y: “Abierta el ánfora y extraído su contenido el Presidente de la Mesa confrontará el número de cédulas depositadas en ella con el número de votantes que aparece en el acta de sufragio. Cuando el número de cédulas fuera mayor que el número de sufragantes indicados en el acta de sufragio, el Presidente separará al azar un número de cédulas iguales a las excedentes, las cuales por ningún motivo y en ninguna oportunidad podrán escrutarse y que, sin admitirse reclamo alguno, serán inmediatamente destruidas”.

191

Parecidamente, los artículos veinte y cuarentiséis de la ley de cuatro de abril de mil ochocientos sesentiuno habían dispuesto: “Al presentarse a sufragar un individuo se cotejará su boleta con el número correspondiente del registro cívico; si se hallase conforme se le permitirá votar, rubricándose con claridad en el registro el respectivo número. Si se tachase la identidad del sufragante, será examinada y resuelta por la mesa esta tacha; y si el boleta fuese falsificado, ajeno o sustraído, será detenido el votante y sometido a juicio por orden de la mesa”; y: “Terminada la votación... se procederá al escrutinio y regulación de votos, guardándose las prevenciones siguientes: 1°.- El Presidente vaciará todas la cédulas del ánfora y las contará, para ver si igualan al número de sufragantes. Siendo conformes, se depositarán nuevamente en el ánfora; 2°.- Si el número de cédulas no fuese igual, se procederá a nueva elección cuidando, en este caso, uno de los secretarios de dar una sola cédula en blanco a cada elector y recogiendo las restantes de la segunda mesa...”.

De otro lado, la Constitución de mil novecientos veinte, en su artículo sesentisiete, había convertido el registro cívico de las anteriores constituciones en “Registro permanente de inscripción, confirmado por la de mil novecientos treintitrés en su artículo ochentiocho. En consecuencia, la mayoría absoluta de votos, es decir, de electores, ¿debía computarse sobre el total de inscritos en el Registro Electoral, no obstante los defectos y vacíos de que padeciere y del número de electores que estando inscrito no concurriera a votar o de los que efectivamente habían ejercido o su derecho de sufragio según los padrones electorales correspondientes? Se decidió por esta segunda opción; pero ¿en qué quedaban las hipótesis previstas en los artículos ciento veinticinco y ciento treintaicinco del Decreto Ley catorce mil doscientos cincuenta? Porque si la impugnación de la identidad de un elector se declara fundada, según el procedimiento de los artículos ciento veintiséis a ciento veintiocho el voto queda invalidado, para los efectos de su cómputo, no obstante haber sido emitido, según la pertinente disposición del artículo ciento veintiocho.- Y en el caso del artículo ciento treinticinco, los votos válidamente emitidos” son los que quedan después de destruir las cédulas excedentes al número de votantes encontradas en el ánfora. ¿Era necesario que la Asamblea Constituyente y su Comisión Principal deliberasen públicamente sobre el sentido y los alcances expuestos del artículo doscientos tres? ¿Acaso el Presidente de la Constituyente no había sido elegido por la mayoría absoluta del total de representantes presentes, incluyendo en el cómputo los votos en blanco para determinarla? ¿Acaso no habían participado muchos de sus miembros, como diputados o senadores, en las elecciones de las Mesas Directas las Cámaras Legislativas de mil novecientos a mil novecientos sesentiocho en habían computado los votos nulos y en para determinar la mayoría absoluta de votos con que dichas Mesas habían sido elegidas? ¿Acaso no se había llegado, en mil novecientos sesetisiete, a anular la elección de Presidente del Senado por la aparición de un voto en blanco después del escrutinio? ¿Acaso necesitaban los Constituyentes releer las Constituciones y leyes electorales en que, hasta mil novecientos veinte se exigía la mayoría absoluta computada sobre el total de electores para las elecciones políticas del Perú?

Sin embargo, el tema de la elección del Presidente y Vicepresidente de la República por mayoría absoluta o relativa y, en su caso, en segunda vuelta por el pueblo o por el Congreso fue debatido ampliamente por la Asamblea Constituyente en sus sesiones del veintidós y veinticinco de mayo, dieciocho y veintiocho de junio de mil novecientos setentinove. (Diario de los Debates de la Asamblea Constituyente, tomo VII, págs doscientos setentiséis a doscientos ochenta, doscientos ochentisiete, trescientos uno a trescientos cuatro, trescientos ocho, trescientos quince a trescientos diecisiete, trescientos ochentidós, trescientos ochentinueve; Tomo VIII, págs. sesentiuino a sesenticuatro, doscientos veinticuatro, doscientos noventicuatro, trescientos

cincuentitres a trescientos cincuenticinco). Leído el entonces artículo doscientos diez del Proyecto de la omisión Principal, en mayoría, que proponía que para ser proclamado Presidente... se requiere haber obtenido por lo menos el tercio de los votos válidos”, el señor Ortiz de Zevallos propuso como sustitutorio uno según el cual esa elección se haría “por una mayoría que supere el cincuenta por ciento de la votación. En el caso de que ninguno de los candidatos alcanzara ese porcentaje se procederá a una nueva elección entre los dos que tuvieran la mayoría de los sufragios”; texto que el mismo señor modificó posteriormente, por una mayoría que supere el cincuenta por ciento de la votación válida. Por su parte el señor del Prado dijo que eran “partidarios de la segunda vuelta. . . simplemente porque resulta una manera de asegurar mayor participación del pueblo en elecciones. En primer término debido al porcentaje de votos que se requiere para la primera elección, cosa que cualquiera puede comprenderlo. No es lo mismo que sea elegido un Presidente con treinta y tres por ciento que con más de un cincuenta por ciento y no es lo mismo disponer de una sola opción para elegir al Presidente de la República que tener dos elecciones”. A su turno el señor Miranda dijo que “en la historia republicana del Perú existe una tradición constitucional digna de conservarla, en cuanto da reglas para la elección del Presidente de la República. Desde los albores de la época republicana hasta los últimos tiempos, las Constituciones han consagrado en forma inequívoca el principio de que, si el candidato a la Presidencia de la República no alcanza a obtener la votación establecida por la Constitución o el Estatuto Electoral, el Congreso Nacional es el encargado de elegir entre los dos candidatos que hayan obtenido la mayor votación, citando a continuación la Constitución de mil ochocientos treinta y cuatro, los artículos setenta y setenta y cuatro de la de mil ochocientos treinta y nueve, setenta y siete de la de mil ochocientos cincuenta y seis y ochenta y dos de la de mil ochocientos sesenta y refiriéndose, a continuación, a Constituciones de países socialistas y comunistas como Alemania Democrática, Rumania, Cuba, Hungría, China Popular, Polonia y Unión de las Repúblicas Socialistas, del Soviet. El señor Freund se pronunció a favor “de la llamada primera vuelta”; y en una extensa exposición, el señor Ramírez del Villar dijo, entre otras cosas, que “si el Presidente de la República... es el representante de un Poder —en nuestro concepto el Poder más importante— debe ser elegido por la mayor cantidad de sufragios. No podríamos pedir unanimidad, porque esto sería sencillamente absurdo; no podríamos pedir los dos tercios, porque esto implicaría dar a la minoría la facultad de vetar una elección mayoritaria. ¿Cuál es lo más justo para una elección? ¿Qué es lo más justo para una mayoría, sin desconocer los derechos de la minoría? Es la mitad más uno; y si no queremos entrar a las fracciones correspondientes... acogimos la fórmula de “más de la mitad”, que es la que generalmente se usa. Y en esto, señor Presidente, contestando al señor representante Miranda Valenzuela, que ha citado mucho de nuestras Constituciones anteriores, yo me permitiría

recordarle que la tradición peruana, en este primer aspecto, es justamente la de la votación de la mayoría absoluta. Las Constituciones de mil ochocientos veintiocho, de mil ochocientos treinticuatro, de mil ochocientos treintinueve, de mil ochocientos cincuentiséis, de mil ochocientos sesenta y de mil ochocientos sesentisiete **exigían que para ser presidente de la republica se debía tener la mitad mas uno, o sea la mayoría absoluta de los sufragios válidamente emitidos;** mayoría simple o sin calificar la mayoría, exigía la Constitución de mil novecientos diecinueve...”. Acordada la vuelta a Comisión del proyecto en la sesión del veinticinco de mayo y leído en la del ocho de junio el sustitutorio propuesto por ella, en mayoría, que había pasado a ser el artículo doscientos once, manteniendo el tercio de los votos válidos, pero estableciendo que se requería “la mayoría absoluta de los miembros del Congreso”, en su caso, no hubo votación; y leído el sustitutorio del señor Ortiz de Zevallos, volvió a acordarse que volviera a Comisión; en la del veintiocho de junio, después de leídos los propuestos por los señores del Prado, Malpica y Ruiz Eldredge, que se pronunciaban “por el cuarenta por ciento de los votos válidos”, y del señor Roger Cáceres Velásquez, quien opinaba por “cuando menos del treintitrés por ciento de los votos válidos” y de no alcanzarse, “el Congreso de la República proveerá dichos cargos con el voto del cincuenta por ciento más uno del número legal de sus integrantes” se aprobó la segunda parte del entonces artículo doscientos once, cuyo texto decía “y por más de la mitad de los votos válidamente emitidos”, así como la Disposición Transitoria referente al proceso electoral de mil novecientos setentinueve-ochenta, entre grandes y prolongados aplausos, según el acta.

De otro lado, lo que preocupaba principalmente a las constituyentes era como encontrar rápida y fácil salida de la situación de ilegitimidad que se encontraba el país bajo el gobierno de facto. Exigir una mayoría absoluta con segunda vuelta ante el pueblo, si aquella no se alcanzaba en la primera, podía demorar y dificultar esa salida, en circunstancias en que temían una interrupción abrupta de las labores de la Asamblea por la dictadura militar. Varios de ellos lo dijeron en los debates correspondientes. Por ejemplo al señor Ortiz de Zevallos, dijo en la sesión del veintidós de mayo: “Nuestro temor, y más que temor diría certeza, es que si vamos a sancionar para estas elecciones ya no solamente el voto de los analfabetos que es, para mí, una gran incógnita, sino también la votación presidencial a dos vueltas, entonces el próximo proceso electoral corre graves riesgos de sufrir percances que no podemos sospechar. El señor Miranda expresó que: “Propiciar la elección del Presidente de la República en una ‘segunda vuelta’ es, sencillamente, prolongar la transferencia del Poder a la civilidad; es obstaculizar la libre y voluntaria expresión de la ciudadanía, que ya está cansada de soportar el peso y las consecuencias de diez años de gobierno de facto”. La Asamblea Constituyente pues debatió los temas de la mayoría absoluta

y relativa, refiriéndose algunos de sus miembros expresamente a las Constituciones peruanas del siglo XIX, así como a la “doble vuelta” popular en sustitución de la segunda vuelta en el Congreso que aquellas Constituciones habían prescrito en razón de las circunstancias de geografía física y social del país de entonces. Y en cuanto a la inclusión de los votos nulos y en blanco en el cómputo para determinar la mayoría absoluta ya ha quedado demostrado que fue una práctica observada en todas las elecciones generales de dicho siglo, en cumplimiento de las disposiciones legales que se referían a “electores” y de las Cámaras Legislativas hasta ahora.

“Proceso” llama al electoral la Constitución vigente en sus artículos doscientos ochentiséis, doscientos noventa y doscientos noventidós y en sus Disposiciones Transitorias Tercera y Quinta. “Proceso” lo llaman también la ley catorce mil doscientos cincuenta —de elecciones políticas— en sus artículos tercero, decimoquinto, vigésimo tercero, y el Decreto Ley veintidós mil seiscientos cincuentidós en su artículo primero, cuarto, sexto. Así lo llamó también, la Constitución de mil novecientos veinte en su artículo sesentisiete, parte tercera. Como el civil, el penal o el administrativo, el electoral es, pues, un proceso. Hernando Devis Echandía, ex-profesor de Derecho Procesal Civil en la Universidad Nacional de Bogotá, Colombia, escribe: “El proceso está constituido por una serie de actos, de diverso significado e importancia, de variadas clases, realizados por los distintos sujetos del mismo pero coordinados en virtud del fin común que persiguen. Estos actos influyen de manera más o menos decisiva en la marcha y en el resultado del proceso y a menudo están entre sí en relación de causa a efecto, es decir, que la realización de los unos produce la de otros, o, por el contrario, impide su ejecución. Estos actos en que descomponen el proceso tienen otro aspecto común: producen efectos jurídicos como todos aquellos que tienen importancia para el Derecho, es decir, hechos jurídicamente relevantes, como lo observa Calamandrei. Pero, así como los hechos jurídicos en general se dividen en actos jurídicos y hechos jurídicos en sentido estricto, según intervenga o no el elemento voluntad humana, también en el proceso se distingue entre actos jurídicos procesales y simples hechos procesales. Por tanto, los actos procesales son simplemente actos jurídicos en relación con el proceso... Y son hechos procesales los que no se originan en la voluntad de una persona, pero producen efectos jurídicos en el proceso....”. (Nociones generales de Derecho Procesal Civil”, Madrid, 1966, pág. 474).

Quienes pretenden reducir el proceso electoral a un solo acto jurídico para el efecto de aplicarle la teoría de las nulidades desconocen, de hecho la naturaleza de todo proceso, según la enseñanza precedente, de un lado; y de otro, olvidan lo que algunos han llamado el acto jurídico complejo por ejemplo: la constitución de hipoteca supone un primer momento en que se producen los que don Manuel Augusto Olae-

chea llamó poéticamente, “el idilio de las voluntades”; un segundo momento en que la escritura se extiende ante el Notario y un momento último en que se inscribe en el Registro, sin lo cual no hay hipoteca. La sociedad anónima por suscripción pública se puede constituir a base del programa redactado por los fundadores, que se deposita en el Registro Mercantil, que no se modifica por la suscripción de acciones, cuyos suscriptores forman la asamblea que para que pueda instalarse y funcionar requiere la concurrencia al menos de la mayoría absoluta de acciones suscritas, cada una de las cuales da derecho a un voto, tomándose acuerdos con la mayoría absoluta de votos de los concurrentes, pero requiriéndose la mayoría absoluta de las acciones suscritas para que la asamblea pueda modificar el contenido del programa de fundación, otorgando la persona designada por la asamblea la escritura pública de constitución dentro de los treinta días siguientes, la que se inscribe en el Registro Mercantil, sin lo cual no hay sociedad — Ley de Sociedades Mercantiles número dieciséis mil ciento veintitrés, artículos setentinueve a noventiuno.

En el proceso electoral peruano los votos nulos y en blanco producen los efectos jurídicos que precisa la Constitución vigente en sus artículos doscientos noventa, inciso primero, y doscientos noventidós, inciso segundo. No son, pues, “incomputables”, sino que, por lo contrario, tienen que ser computados para los efectos señalados por mandato constitucional en los artículos citados.

Con posterioridad a la demanda el apoderado de los demandantes ha afirmado que: “La ley veintitrés mil novecientos tres es inconstitucional por la forma: es una Ley Orgánica”; y después de exponer lo que considera que es una ley de esta clase y de afirmar que la ley veintitrés mil novecientos tres “fue aprobada en la (Cámara de Diputados) mediante votación ordinaria o sea por el sistema de golpe en la carpeta”, concluye que “ha habido infracción constitucional por el fondo y por la forma al votarse en ambas cámaras por mayoría simple o carpetazo una ley orgánica”.

En la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica del Ministerio Público —Decreto Legislativo cincuentidós— se plantea y desenvuelve el tema de lo que es en el Perú una Ley Orgánica: la que estructura, la que organiza una institución Constitucional y reglamenta sus funciones como la Ley Orgánica del Poder Judicial, la Ley Orgánica de Municipalidades. La Ley veintitrés mil noventa y tres no lo es. No altera la organización ni el funcionamiento del Jurado Nacional de Elecciones, al que simplemente autoriza para los efectos a que se refiere sus artículos dieciséis y diecisiete; declara que son aplicables a sus miembros lo dispuesto en los artículos ciento ochentitrés y ciento ochenticuatro de la Constitución y que sólo puede declarar la nulidad total o parcial de las elecciones en los casos previstos por los artículos doscientos noventa y doscientos noventidós de la Constitución.

Por estas consideraciones, mi voto es poque se declare infundada la demanda interpuesta por sesentiún señores diputados sobre inconstitucionalidad del primer párrafo del artículo sexto de Ley veintitrés mil novecientos tres.

SILVA SALGADO

Lo que certifico:

Manuel Visalot Chávez.

Secretario-Relator.

Acción de inconstitucionalidad (1er. párrafo, art. 6º, Ley No. 23903)

VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR ALFREDO CORSO MASÍAS

MOTIVO DE LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

- 1º.- Sesentíun señores Diputados interponen acción de inconstitucionalidad material (por el fondo), contra el primer párrafo del Art. 6º de la Ley No. 23903, ya que el Parlamento ha usurpado el poder constituyente al introducir subrepticamente una reforma en nuestra Carta Magna al margen del procedimiento previsto en el numeral 306º de la Ley Fundamental, atribuyéndole a los constituyentes (y a la norma), un propósito que no tuvieron al considerar como válidamente emitidos todos los votos emitidos incluyendo blancos y nulos, lo que tergiversa el sentido de la Constitución.
- 2º.- La interponen dentro del plazo legal y conforme a los Arts. 296º, 298º, inc. 1) y 301º de la Constitución de la República, y conforme a los Arts. 19º, 20º, 21º, 22º, 23º, 24º, 25º, 26º, 27º, 28º y 29º, inc. 4), 30º, 31º, 32º, 33º y ss. de la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales (Ley No. 23385).

198

I.- Fundamentos Doctrinarios

En la revisión exhaustiva y apreciaciones claras y fundamentales de los más célebres juristas nacionales, no se encuentra un sólo indicio ni asidero respecto a la validez de los votos llamados en blanco y viciados.

II.- Antecedentes Constitucionales

- a.- A excepción de la Carta Política de 1933, que en su Art. 138º, menciona votos válidos, para ser proclamado Presidente de la República las demás Constituciones que han regido la vida del país, desde el 12 de febrero de 1821, (Reglamento Provisional), hasta la promulgación de la Constitución de 1979, en parte alguna se refieren a los votos en blanco y viciados o nulos.
- b.- La actual Carta Política de 1979 en su Art. 203º expresa: El Presidente de la República es elegido por sufragio directo y por más de la mitad de los votos válidamente emitidos.

En lo que concierne al Jurado Nacional de Elecciones, el Art. 290º dice: El Jurado Nacional de Elecciones declara la nulidad del proceso electoral nacional en los siguientes casos:

- 1.- Cuando los sufragios emitidos en sus dos terceras partes son nulos o en blanco.

- 2.- Cuando su anulan los procesos electorales de una o más circunscripción, que en conjunto representan al tercio de la voluntad nacional válida.
- c.- Las Leyes electorales en el Perú desde el inicio de la República en 1821 hasta el Decreto Ley de 27 de agosto de 1979, No. 22652, no computaron como válidos los votos en blanco y viciados.
- d.- En las pocas elecciones municipales realizadas en nuestra patria, desde 1963 hasta las del año 1983, no tomaron en cuenta los votos en blanco y los viciados, entre los votos válidos o válidamente emitidos.

III.- Análisis de los votos

- 1.- **Emitidos:** Son todos los votos depositados en las ánforas;
- 2.- **En blanco:** Son los votos que aunque cumplan con la forma y el procedimiento legal externo, hasta ser depositados en un ánfora, no contienen nombre alguno en la cédula, es decir, los que se introducen blancos en el sobre;
- 3.- **Viciados:** Son los emitidos que contienen en la forma (sobre) alguna seña, firma, etc., y en lo interno (cédula) nombre de persona o candidatos ajenos al proceso electoral o presentan señas, firmas u otras irregularidades.

199

En resumen: los votos en blanco y los viciados, carecen de validez, son votos nulos. Solamente son agregados en porcentaje para la aplicación de lo dispuesto por los Arts. 290°, 1; 290°, 2 y 292°, 2 de la Constitución.

- 4.- **Válidos o válidamente emitidos:** Son los votos que además de cumplir con los requisitos de forma y procedimiento legal y depositados en un ánfora y que en el fondo contienen el nombre o nombres del candidato o candidatos que hayan sido aceptados por el Jurado Nacional de Elecciones como tales, ya sean de los partidos políticos inscritos o de las agrupaciones, frentes o listas independientes, son votos que no presentan vicios que los invalidan.

Como antecedente inmediato tenemos: en las Elecciones Generales de 1980, no se computaron como válidos los votos en blanco y viciados, si se hubieran computado no se habría logrado el 36% para elegir al Presidente de la República, sino el 35.2%; y la elección hubiera tenido que decidirla el Congreso entre los dos candidatos de más alta votación. (Tercera Disposición General Transitoria de la Constitución).

Por las razones y fundamentos ya expuestos, mi **VOTO** es porque se declare que el 1er. Párrafo del Art. 6° de la Ley No. 23903, es inconstitucional, transgrede y desnaturaliza las disposiciones pertinentes de la Carta Magna.

CORSO MASÍAS

Lo que certifico:

Manuel Visalot Chávez

Secretario-Relator

**VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO DOCTOR MARIO PELAEZ
BAZAN EN LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA
EL PRIMER PARRAFO DEL ARTÍCULO SEXTO DE LA LEY
VEINTITRES MIL NOVECIENTOS TRES.**

Disintiendo con el Voto de los demás señores Magistrados, el Voto del suscrito, **es porque se DECLARE FUNDADA LA DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD interpuesta por sesentiun diputados de la nación contra el primer párrafo del artículo 6° de la Ley Electoral No. 23903 en cuanto se refiere a los votos nulos y BLANCOS, y porque la declaración de inconstitucionalidad se haga extensiva, al amparo del artículo 40 de la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales, al segundo párrafo del mismo artículo antedicho.**

En base a los fundamentos legales y consideraciones siguientes:

Del estudio y revisión minuciosos de las Constituciones que rigieron la vida del país y de las disposiciones pertinentes, respecto de la materia objeto de la demanda de inconstitucionalidad, se llega a establecer:

- 1.- Que si bien las Constituciones de 1826, 1828, 1834, 1840, 1856 y 1860, en su turno y algunas precariamente, exigieron, dentro de las circunstancias y modo del poder dominante por entonces, mayoría absoluta para ser ungido Presidente de la República, ninguna se ocupó del problema que ahora se debate: **si los votos nulos y en blanco deben computarse como válidamente emitidos, o sea como válidos**, para los efectos de alcanzar dicha mayoría absoluta.
- 2.- Recién la Constitución de 1933, en su Art. 138 exigió, para aquel extremo, **la tercera parte de la “votación válida”** como mínima, para ser proclamado Presidente.
- 3.- Que consecuentes con esa tradición inveterada, en los procesos electorales de 1936, 1939, 1945, 1950, 1952, 1962 y 1963, no se admitió como votación eficaz la de los votos nulos ni en blanco.
- 4.- Como prueba de veracidad de semejante tradición electoral, la Constituyente de 1979-1980 tampoco se ocupó del tema, como fuera reconocido por el mismo apoderado y abogado de la parte demandante en su Informe pertinente, y sólo propuso y aprobó las Disposiciones Generales y Transitorias tercera y quinta, de las que, aquélla, fijó como mínimo el 36% del total de los votos válidos para ser elegido Presidente y, la segunda, para este mismo fin a partir de 1985, la mayoría absoluta de los “votos válidamente emitidos”.

- 5.- Debido a la recta interpretación y aplicación del dispositivo constitucional transitorio primeramente citado, es que, refiriéndonos a las elecciones generales de 1980, fue posible que el entonces candidato a la Presidencia de la República, Arquitecto Fernando Beláunde Terry, lograra ser ungido Presidente con el 48% de **los votos válidamente emitidos, sin computar los votos nulos ni los en blanco**, porque en ese caso —sumados aquéllos y éstos—, sólo habría obtenido el 36.2%, y la elección la hubiese tenido que decidir el Congreso de la República.
- 6.- Que la consideración anterior hace convicción sobre la significación jurídico—electoral auténtica de **“VOTOS VÁLIDAMENTE EMITIDOS” no puede ser ni otra cosa que la de una emisión de votos legal y correcta**. Basta esta simple reflexión: **lo que válidamente se hace, es lo válido; lo contrario, o lo no hecho conforme a ley, es lo nulo**, para concluir que dentro de los votos válidamente emitidos o válidos, no pueden estar, no están comprendidos, los nulos ni los votos en blanco.

Pues, si el propósito del Constituyente hubiese sido comprender dentro de los votos válidos a los nulos y blancos —o la verdadera significación fuera otra—, no hubiera expresado en la norma glosada **“votos válidamente emitidos”**, sino simplemente **“votos emitidos”**, dentro de cuyo universo sí caben y están además los nulos y blancos. De modo pues que el reconocimiento de la validez del voto y el de la misma norma glosada, está excluyendo de aquel universo a los que son nulos y blancos.

- 7.- Que de otro lado, en abono de la tesis antedicha, vale precisar:
 - a) que emitir un voto en derecho constitucional-electoral, es observar primero los requisitos previos para poder emitirlo y, luego, expresar una voluntad de adhesión por quien se vota electoralmente, para Presidente y/o Representantes a Congreso. No es sólo ejecutar el mero hecho físico de sufragar o sea de colocar el voto en el ánfora correspondiente.
 - b) que el acto electoral, o votar, no es potestativo sino obligatorio, y es todo un conjunto de operaciones que se integran y constituyen un todo, una identidad; por lo que no basta que el elector deposite su voto. Para establecer la conformidad entre el número de electores inscritos en el Padrón correspondiente y el de sufragantes; verificar la validez o invalidez de los votos emitidos y hacer el cómputo respectivo, es indispensable llevar a cabo, después de terminada la votación, el escrutinio de los votos, la verificación del número de votos válidos que corresponde a cada lista de candidatos, de los nulos y los blancos y finalmente, la proclamación de los candidatos triunfantes.

- e) que siendo pues el sufragio una obligación de naturaleza socio jurídico-constitucional, resulta imperativo que para su validez —en cuanto a garantizar, de un lado, la identidad y solvencia cívico-legal del elector y, de otro, el cumplimiento de su alta finalidad: elegir a quienes deben representarnos y constituir el Estado—, debe ser cumplida, real y positivamente, ya que de no hacerlo así, dentro de un régimen de derecho, sería atentar contra este mismo. Pues, si resulta y es eminente la finalidad del voto, conceptuándolo como un acto cívico-legal trascendente e indispensable para la vigencia del sistema democrático, el no ejercerlo así —lo repetimos—, como cuando se lo vicia o vota en blanco, equivale a convertirlo en negativo y contraria a su mismo fin, a la ley y al derecho, y, por tanto, sin ninguna validez legal ni democrática.
- 8.- Que no se puede ni debe olvidar que conforme al pensamiento moderno de los grandes maestros del Derecho Político y Constitucional y al imperio de lo razonable, el Voto Electoral, expresa un deseo, un pedido, una adhesión, una opinión; por lo que votando en blanco, su titular no se adhiere a nadie, no pide, ni opina nada. Lo que es más, votar en blanco no es expresión válida de voluntad; el titular de la obligación, al votar en blanco, hace dejación de su derecho de ejercerlo y, por tanto, no puede ni debe ser computado su voto compulsivamente por el Estado, porque esto equivaldría a torcer la voluntad del elector, que en aquella forma decidió abstenerse; y, en uno u otro caso, —**con el voto nulo, el blanco o con ambos— no sería legal, justo, ni moral incrementar una votación legítima e inobjetable**, como sucedería, si se considerase como válida o válidamente emitidos a los votos nulos y blanco, y se los agregara a dicha votación, lo cual, por lo demás, sin ninguna duda, haría imposible ganar la elección por mayoría absoluta. Claro que el fin no habría sido otro que el preconcebido hacer imposible el triunfo electoral en la primera vuelta de cualquiera de los candidatos con mayor opción y, acaso también imposible evitar cualquier contingencia o frustración en la segunda.

De allí que el voto en blanco y los nulos por vicios formales que los prevé la ley electoral en su artículo 144°, nunca se tomaron en cuenta y se excluyeron del cómputo. Es que el elector en estos casos votando, mal puede tenerse pues como válido aquel que carece de pronunciamiento y no cumple el objetivo fundamental del sufragio: **elegir**. Mucho menos aquel que ha sido declarado nulo por causas que la ley prevé.

- 9.- A la luz de la ley, la doctrina, la tradición y la razón, el artículo 6° de la Ley 23903, resulta pues inconstitucional y carece de todo sustento jurídico. Es an-

ticonstitucional, porque viola y desnaturaliza el Art. 203 de la Constitución, y usurpa el Poder Constituyente al conculcar el artículo 306° de la misma.

El artículo 203 establece: “**el presidente de la republica es elegido por sufragio directo y por más de la mitad de los votos válidamente emitidos**”.

“**Si ninguno de los candidatos obtiene la mayoría absoluta se procede a segunda elección, dentro de los 30 días siguientes, entre los candidatos que han obtenido las dos más altas mayorías relativas**”.

“Junto con el Presidente de la República son elegidos de la misma manera y por igual término un primer y segundo Vice-Presidentes”.

El art. 6° de la Ley 23903 establece: “**para los efectos del Art. 203 de la Constitución, se entiende como votos válidamente emitidos, la totalidad de los sufragios computados, incluyendo los que resultaren nulos y en blanco**”.

“**Para el caso de segunda elección será proclamado Presidente de la República el candidato que obtuviera la mayor votación**”.

- 10.- La fórmula de esta ley, conforme consta en el Diario de Debates de ambas Cámaras, fué diseñada y aprobada por la mayoría parlamentaria, a pesar de que su líder aparece como opuesto a considerar como votos válidamente emitidos a los nulos y en blanco.

204

Que semejante precepto legal, en sus dos extremos, viola y desnaturaliza la norma constitucional glosada porque su recta y verdadera interpretación no es otra que la de conceputar como “**votos válidamente emitidos**” a los **votos válidos, o sea los que eligen**, dentro de los cuales no están pues comprendidos, —o se excluyen— los votos nulos y los blancos. Porque unos y otros no eligen, no surten efecto legal alguno ni pueden ser convalidados.

Resulta pues entonces muy claro que **los votos nulos y los en blanco no son** válidamente emitidos, ni son **válidos**, por que los unos carecen de los requisitos de forma exigidos por la ley, debido a lo cual, por mandato de esta misma, no son válidos ni pueden convalidarse y, los otros, tampoco expresan una voluntad válida. Son voz pero no voto. Porque si el acto electoral tiene —lo repetimos— como objetivo esencial elegir y no propiciar o causar resultados que produzcan caos políticos— social ni frustración democrática, quien lo contraviene u omite ejercerlo debida y positivamente, **no hace buen uso de una opción legítima** y, en consecuencia, ni unos ni otros de esos votos pueden ni deben computarse como válidamente emitidos.

Como hemos dicho, el voto en blanco es una manifestación de no voluntad. En todo caso expresa indiferencia, porque su titular carece de todo interés y voluntad, o los esconde, y su deseo no será otro que nadie ocupe la Presidencia de la República. Si esto es así, no sería consecuente que tal votación se la incluya en el cómputo y, menos aún, para favorecer a quien su titular no desea.

- 11.- Que del análisis lógico de la Constitución, esta misma nos ofrece la prueba absoluta de la tesis aplicable: **cuando prescribe en su art. 203 que el cómputo de los sufragios para la elección de Presidente se verifique sobre los válidamente emitidos, es porque conoce y reconoce —y nadie que tenga rectitud en su juicio lo entendería en forma distinta—, que existen otros votos emitidos que no son validos o que han sido emitidos de tal forma o modo que los invalida.** Indudablemente que la interpretación antedicha pone a su margen a una suerte de votos diferentes de los válidamente emitidos. Y esos no pueden ser ni son otros que los nulos y los blancos. Distinción constitucional que la ley impugnada desconoce, y motivo por el cual incurre en acto de inconstitucionalidad flagrante”.

Es que la ley violatoria No. 23903, en esa parte, carece en absoluto de todo fundamento jurídico-constitucional y de toda razón valedera. Muestra más bien un inocultable interés político y ninguno de orden jurídico constitucional: tratar de hacer no sólo difícil sino imposible en la primera elección, el éxito electoral del candidato de mayor opción y ofrecer al opositor una alternativa en la segunda vuelta y acaso desencadenar un grave conflicto o un golpe de estado para impedir la victoria del primero. Es que en la superficie y en el fondo de nuestra doliente realidad nacional, se está produciendo una batalla entre las fuerzas del poder heredadas y emergentes de un sistema político social retrógrado, privilegiado y caduco, que se aferra a los mandatos estatales para seguir gobernando, y las nuevas que responden al clamor de las clases mayoritarias, necesitadas y pobres, demandando una justa y necesaria transformación integral.

La batalla es esa y, su legítima razón de ser, la escribirá la historia.

- 12.- La tesis contraria, que sostiene que el sentido del art. 203 al mencionar los “votos válidamente emitidos”, conduce a considerar no sólo a los votos asignados a los candidatos o partidos, sino además a los nulos y blancos, no tiene otro sustento que el inc. 1° del Art. 290° de la Constitución. Pues éste, al tratar sobre la nulidad del proceso electoral, dispone que ésta procede “cuando los sufragios emitidos en sus dos terceras partes son nulos o blancos”, con lo que

quedaría claro —dice esa tesis— que se contabilizan todos los votos, inclusive estos últimos”.

Contra semejante postulado se impone la distinción que la misma Constitución establece entre los llamados “Votos emitidos” y los “Votos válidamente emitidos”, al referirse en sus arts. 292 inc. 2) y 290 inc. 1) a la nulidad parcial y total del proceso electoral. Los “votos o sufragios emitidos” comprenden, se refieren, al universo de votos, a todos los votos, de entre los cuales, si dos terceras partes son nulos o blancos, dicha nulidad procede.

A esta argumentación se tiene que agregar, como se puede apreciar de su simple lectura, que las normas antedichas tienen una finalidad específica, totalmente distinta.

Empero, la verdadera calificación de votos “válidamente emitidos” y de “votación válida”, respectivamente, **la otorgan los arts. 203 y 290 inc. 2) de la Constitución al identificarlos así y diferenciarlos de los votos simplemente emitidos.** Tesis que obliga desde luego a consolidar, como se ha venido observando tradicionalmente, la necesidad de un inventario de ambos tipos de votos, de los cuales los válidamente emitidos, el candidato a la Presidencia de la República debe obtener la mitad más uno para ser urgido Presidente, dejando pues a un lado, o excluyendo a los votos nulos y blancos.

- 13.- Por último, **sería un contrasentido, un absurdo aceptar que la Constitución peruana, una de las más avanzadas de América Latina, —o cualquier otra que fuera—, contenga dos sistemas diferentes de votación electoral:** uno, para sólo contabilizar los votos válidos o sea los que favorecen a los partidos, como aquel que se observó en las elecciones del 80 de conformidad con la Tercera Disposición Transitoria de la Constitución; y, otro, el que pone en vigencia la Ley 23903 impugnada, o sea el que computa para los efectos de la elección del Presidente no sólo los votos válidamente emitidos sino también los nulos y en blanco, contradiciendo el espíritu, texto y sentido de la ley fundamental.
- 14.- Pero el dispositivo legal impugnado no sólo resulta inconstitucional en su primera parte, sino tanto y mucho más lo es en la última, al establecer que en la segunda vuelta, para el caso de no haber obtenido en la primera elección la mayoría absoluta, no basta sino la relativa para ganar dicha elección. **Lo cual significa que aquella exigencia constitucional desaparece arbitraria e insólitamente, y; que lo prescrito por la ley al respecto, desnaturaliza el objetivo del sistema o sea que el candidato presidencial triunfante cuente con**

el respaldo de una absoluta. Pues si la Constitución impone la regla de esta mayoría absoluta para la primera elección, lógico, es que, si calla y no señala otra para la segunda, no debe distinguirse donde ella no distingue, y debe cumplirse con la misma exigencia. De lo contrario no sería lógico ni honrado sino un contrasentido, un absurdo, exigir formas de cómputo o mayorías distintas si el propósito tan democrático, alegado y decantado es que se obtenga la mayoría absoluta. Mayoría que, por lo demás, sería imposible alcanzar ni en la segunda elección, —lo cual daría lugar a un impase constitucional de imprevisibles resultados, el caos o a un golpe de estado—, si ella se computara comprendiendo los votos nulos y blancos, como pretende establecerlo inconstitucional y preconcebidamente la ley impugnada. Y lo cual no ocurriría si se considera como votos válidamente emitidos, exclusivamente —como fue práctica observada en casi todos los procesos electorales anteriores— a los emitidos en favor de los candidatos, o sean los válidos, sin computar —como nunca se hizo— para el efecto señalado, los votos nulos ni en blanco.

De suerte que la declaración de inconstitucionalidad deberá hacerse extensiva a todo el artículo violatorio glosado. Lo que interesa entonces en este caso es disponer que se aplique la medida más razonable y correcta: si para obtener la mayoría absoluta es suficiente computar los sufragios emitidos a favor de los distintos candidatos, lo cual permitiría que de todos modos aquélla se logre en la segunda elección, es obvio que se impone la necesidad de considerar como válidos para los efectos del cómputo, **sólo a “los votos que expresan una opción”**. Los otros criterios, real y legalmente, están demás a objeto de establecer dicha mayoría. Salvo que se insista, en bloquear e impedir que uno de los partidos de mayor opción electoral, gane esa mayoría en la primera vuelta, y los que van a su retaguardia desaparezcan del escenario político. Semejante reflexión o temor —diríamos el substractum mismo—, parece haber sido y ser la causa de Ley 23903, y no con otro fin sino el de que, en un caso dado, los últimos pudieran aprovechar la posibilidad de una alternativa en la supuestamente retaceada o “amontonada” segunda votación.

Por las consideraciones expuestas, **mi VOTO** es porque se declare, **fundada la acción de Inconstitucionalidad interpuesta** por sesentien Diputados de la Nación contra “el primer párrafo del Art. 6° de la Ley Electoral No. 23903; declaración de Inconstitucionalidad que, **de conformidad con el Art. 40 de la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales, debe hacerse extensiva y comprender igualmente, por su conexión e innegable interdependencia con el mismo primer párrafo impugnado, al segundo del mismo artículo glosado.**

Lima, febrero de 1985.

MARIO PELAEZ BAZAN

Lo que certifico:

Manuel Visalot Chávez.
Secretario-Relator.

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 6° DE LA LEY No. 23903

Los fundamentos del voto del Magistrado Dr. Oswaldo A. Rodríguez Mantilla, son por que se desestime la demanda de inconstitucionalidad, respecto del Art. 6° de la Ley No. 23903, por las siguientes consideraciones:

I.- LA DEMANDA:

La acción de inconstitucionalidad material formulada por 61 Diputados, respecto al contenido del Art. 6° de la Ley No. 23903, se basa en que dicha disposición legal, ha introducido una reforma en la Constitución, al margen de lo que prescribe el Art. 306° de la Carta Magna, para desnaturalizar el Art. 203° de la misma, atribuyéndoles a los constituyentes un propósito que no tuvieron, de considerar como votos válidamente emitidos la totalidad de sufragios computados, incluyendo los que resulten nulos y en blanco; lo que tergiversa el sentido del referido Art. 203° de la Constitución del Estado.

Se alega como fundamentos de derecho:

- a) Que todas las constituciones que ha tenido mediante el voto el Perú hasta 1919, no consideran computables los votos nulos o los votos en blanco y que no se refieren en nada a votos válidos.
- b) Que la Carta de 1933, en su Art. 138° menciona por primera vez el término “votos válidos”; y
- c) Que en las Elecciones anteriores, inclusive las de 1980, no se computaron los votos nulos, ni los votos en blanco; por cuanto éstos no cumplen la finalidad del sufragio, al no elegir; que el voto en blanco no elige, sino anarquiza.

La acción planteada enumera los procesos electorales anteriores, así como las citas doctrinarias sobre el particular, incluyendo opiniones de legisladores peruanos en las Cámaras Legislativas.

II.- EL VOTO EXPRESION DE VOLUNTAD POLITICA:

El primer párrafo del Art. 203° de la Constitución del Estado dice: “El Presidente de la pública es elegido por sufragio directo o por más de la mitad de los **votos válidamente emitidos**”.

El párrafo contiene 2 concepciones, la del sufragio directo, que es el derecho de votar de todos los ciudadanos, sinónimo del voto activo y de los votos válidamente emitidos.- El derecho de sufragio es propiamente el derecho o privilegio del voto, y el

voto, es el derecho inalienable, inherente a la racionalidad y perfectibilidad moral del hombre, gracias al cual se origina la soberanía popular.

EL VOTO.- El Voto es la expresión del derecho político subjetivo, a través del cual, el ciudadano interviene en forma directa o indirecta en la formación del gobierno del Estado conforme a lo que prescribe el inc. 16) del Art. 2° de la Constitución. Es conferido por la Ley al hombre que reúne ciertas condiciones (los derechos de ciudadanía); es manifestación esencial del acto constituyente, **que implica expresión de voluntad política** y cuya decisión permite al pueblo organizarse en Estado soberano y elegir y renovar a sus mandatarios. La voluntad expresada en el voto, es el sustrato jurídico inherente al hombre que alcanza los derechos de ciudadanía; ya que éste (el hombre), por sus facultades intelectuales y espirituales, es susceptible de ser sujeto de derecho. **La voluntad es sinónimo** de libre determinación y es facultad capaz de dirigir nuestra conducta, mediante la expresión de elegir o rechazar.

El electorado al emitir sus votos, lo hace en ejercicio del poder constituyente, que es la suprema capacidad del pueblo sobre sí mismo, al darse mediante el voto válidamente emitido un mandatario que ejerce por delegación, en este caso la Jefatura del Estado dentro de un ordenamiento jurídico determinado; por eso quien vota en blanco, no ha delegado su poder político, pero ha **expresado su voluntad de rechazo**.

210

El Poder Constituyente, es facultad que corresponde al pueblo como titular de la voluntad política, y solamente al pueblo corresponde variarlo mediante el voto, como suprema expresión de voluntad política, gracias al cual puede auto-organizarse y el ciudadano formar parte del pueblo, esto es del poder constituyente.

La doctrina de la representación política, deriva de la doctrina del poder constituyente, y el Presidente de la República, es el mandatario que representa y personifica a la Nación, conforme a lo que prescribe el Art. 201o. de la Constitución vigente y está investido de poder, gracias a la voluntad política del poder constituyente expresada a través del voto, ya que sufragar, es un deber conforme al Art. 75o. de nuestra Carta Magna.

III.- EL VOTO VALIDAMENTE EMITIDO:

Es aquel que **expresa la voluntad política del ciudadano**, esto es, que al ser emitido cumpliendo todas las formalidades del sufragio, le ha dado validez, sin que pueda exigirse para tal validez, que sea en favor de un candidato; tanto más, que no existe en nuestro ordenamiento jurídico ninguna disposición que obligue al ciudadano elector a votar en favor de un candidato cualquiera que éste sea, ni que prohíba al ciudadano votar en blanco. Si el voto es expresión de voluntad política y se emite con absoluta libertad, cualquiera que sea el sentido de éste, expresa la voluntad del elector y puede

hacerlo en cualquier sentido, ya que conforme al aparte a) del inc. 20 del Art. 2° de la Constitución “nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”.

El voto válidamente emitido, conforme lo ha conceptualizado la Constitución Política de 1979, se configura cuando el ciudadano elector en persona concurre a la mesa electoral a ejercer su derecho de sufragio y cumple con todas las formalidades que se exige para este acto; el mismo que comienza con la presentación de la Libreta Electoral al Presidente de la mesa y luego de ser debidamente identificado y comprobado que está en el padrón recibe las cédulas con las que se debe sufragar, pasando a la cámara secreta donde deposita su voto en el sobre, cierra éste y luego en presencia de los miembros de la mesa, introduce este voto en el ánfora, firmando a continuación el padrón respectivo, introduciendo el dedo índice en la tinta indeleble y recibiendo su Libreta Electoral con la constancia de haber sufragado.

Este es el voto válidamente emitido que concibe la constitución y que puede ser:

- a).- Válido, o sea en favor de un candidato;
- b).- En blanco, ó
- c).- Nulo

211

Al sufragar el ciudadano elector, lo hace expresando inequívocadamente su voluntad política, por medio del cual el ciudadano elige o se abstiene de elegir; esto es, admite a un candidato a quien lo hace su mandatario o repele a los candidatos si estos no le merecen confianza. Al hacerlo está ejerciendo un derecho inalienable inherente a la racionalidad y perfectibilidad moral del hombre que origina la soberanía popular, pero el voto es válidamente emitido por haberse realizado de conformidad y con todos los requisitos que la Ley electoral prescribe. (Art. 125 y siguientes de la Ley 14250).

Cuando el ciudadano elector vota en favor de un candidato, expresa su voluntad política al tratar de unirlo como su mandatario; cuando lo hace votando en blanco, la expresión de su voluntad política es en sentido de que ninguno de los candidatos le merece confianza; **pero ambos son votos válidamente emitidos**, a los que se refiere el Art. 203° de la Constitución del estado.

Qué es lo que caracteriza el voto válidamente emitido?

- a).- El haber sido emitido cumpliendo todas las formalidades legales que la Ley electoral prescribe para el acto del sufragio;

- b).- Que, es expresión de voluntad política para elegir (voto válido) ó para rechazar (voto en blanco), porque en éstos casos expresa su voluntad de repudio a los candidatos.
- c).- Que, siendo el voto secreto y libre, la expresión de la voluntad del elector, debe computarse para establecer la mayoría absoluta; y
- d).- No existiendo en nuestro ordenamiento legal, disposición alguna que obligue al elector a votar por determinado ciudadano; ni que prohíba hacerlo en blanco; su voluntad expresada en si voto debe ser computada para establecer la mayoría absoluta de que habla la Constitución vigente en el segundo parágrafo del Art. 203°.

La totalidad de los votos válidamente emitidos deben ser computados, para que el Presidente de la República sea elegido por más de la mitad de los sufragios; esto es, por mayoría absoluta (la mitad más uno) conforme a lo que prescribe el art. 203° de la Constitución del Estado. Si los votos válidamente emitidos pueden ser : válidos, en blanco y nulos; tomando como base los informes proporcionados por el Jurado Nacional de Elecciones, los electores pasan de 8 millones; supongamos que esta cifra se repartiera así:

212

Votos válidamente emitidos	
8 millones	
a) Válidos: 80%	o sea 6'400,000
b) En blanco: 15%	o sea 1'200,000
c) Nulos: 5%	o sea 400,000
<hr/>	
Total: 100%	8'000,000

Para establecer la mayoría absoluta de los votos válidamente emitidos, deben computarse forzosamente los votos válidos, los en blanco y los nulos, pues la totalidad de estos suman el total de 8 millones. De no computarse los votos nulos y los en blanco, resultaría que el Presidente de la República saldría elegido, por un número de electores, aun inferior a la tercera parte de los votos validos, si es que son 4 ó más candidatos; lo que contravendría la Constitución.

Si el total de los votos válidamente emitidos alcanza a 8 millones y de este total 80% o sea 6'400,000 son votos válidos, como se indica en el cuadro anterior; suponiendo que los candidatos sean 4: Pedro, Manuel y Luis; **los votos válidos** se repartirían:

Votos válidos

6'400,000

Juan	obtiene 35% o sea	2'240,000 votos igual al	28% de 8'
Pedro	obtiene 30% o sea	1'920,000 votos igual al	24% de 8'
Manuel	obtiene 25% o sea	1'600,000 votos igual al	20% de 8'
Luis	obtiene 10% o sea	640,000 votos igual al	8% de 8'

Como se podrá apreciar el Presidente de la República resultaría elegido por una cantidad inferior de electores al 36% de los propios votos válidos, que exigió la tercera disposición general y transitoria de la Constitución para las elecciones de 1980, lo que atentaría contra la norma contenida en el Art. 203°, que exige que la elección del Presidente de la República sea hecha por mayoría absoluta de los votos válidamente emitidos.

Si los votos en blanco no se computaran, no tendría explicación legal ni jurídica la norma que contiene el Art. 290° de la Constitución, cuyo primer inciso faculta al Jurado Nacional de Elecciones a declarar la nulidad del proceso electoral, cuando los sufragios emitidos en sus dos terceras partes son nulos o en blanco.

El Art. 203 de la Constitución restablece en forma categórica el principio de la mayoría absoluta que rigieron en las constituciones y leyes especiales del siglo XIX para la elección del Presidente de la República; esto es, que el primer mandatario sea elegido por más de la mitad de los votos válidamente emitidos, El Presidente electo debe obtener un **número tal de votos válidos**, que pase de la mitad de los votos válidamente emitidos; lo que exigiría más de 4 millones de votos válidos en la primera vuelta, conforme al ejemplo propuesto a base de 8 millones de sufragantes y para establecer la mayoría absoluta deben forzosamente computarse conjuntamente con los votos válidos, votos nulos y los en blanco.

213

El principio de la mayoría absoluta, fue establecido en las constituciones y leyes electorales desde la iniciación de nuestra vida republicana, como es de verse:

La Constitución de 1822, Art. 45;

La Ley No. 30 de enero de 1824, Art. 50;

La Constitución Vitalicia de 1826, Art. 78;

La Constitución de 1828, Art 86, inc. 3°;

El Art. 54 del Reglamento de Elecciones de 14 de mayo de 1828;

La Constitución de 1834, Art. 71;

La Constitución de 1839, Art. 72;

La Constitución de 1856, Art. 77;

La Constitución de 1860 que rigió hasta 1920 reglamentada por varias leyes electorales, como la de 4 de abril de 1861, art. 69; la de 17 de diciembre de 1892, art. 58; la Ley 2108 art. 54, de 4 de febrero de 1919 y el art. 73 de la Constitución de 1867 de muy efímera duración.

Las constituciones de 1920 y 1933 introducen el principio de la mayoría relativa o simple al establecer, que sólo se computan los votos válidos, siempre que esta cifra no fuera inferior a la tercera parte de dichos votos.

IV.- CONCEPCIÓN DEL ART. 203° DE LA CONSTITUCIÓN:

El primer párrafo del Art. 203° de la Constitución dice: “El Presidente de la República es elegido por sufragio directo y por más de la mitad de los votos válidamente emitidos”. Dicha concepción es completada, con lo que prescribe el segundo párrafo que dice: “Si ninguno de los candidatos obtiene la mayoría absoluta, se procederá a la segunda elección dentro de los 30 días siguientes entre los candidatos que haya obtenido las dos más altas mayorías relativas».

Este segundo párrafo, consagra el principio de la mayoría absoluta, que es lo que el constituyente quiso.

214

La mayoría absoluta está conformada por la totalidad de los votos válidamente emitidos, dentro de los cuales están incluidos razonablemente no solamente los votos en favor de uno de los candidatos, sino también los votos en blanco y los nulos. Tal concepción ha sido consagrado en el Art. 203°, de la Constitución de 1979, expresar con claridad la forma de elección el Presidente de la República.

Es incuestionable que los Constituyentes a 1979, buscaron que el Presidente de la República fuera elegido por más de la mitad de los vote válidamente emitidos, esto es, **consagraron el principio de la mayoría absoluta** al normar que el Jefe del Estado sea elegido por la mayoría de los sufragantes, a diferencia de I que proscriba el Art. 138° de la Constitución d 1933, que solamente exigía a obtener la mayoría de los sufragios, siempre que esta mayoría no se menor de la tercera parte de los votos válido, estableciendo así el principio de la mayoría simple o relativa. **El voto válido**, si es aquel que se hace en favor de uno de los candidatos; pero el voto válidamente emitido, es aquel que se hace cumpliendo todas las formalidades que la Ley exige para el acto del sufragio.

La concepción del Art. 138° de la Constitución de 1933, fue reproducida en la tercera disposición transitoria de la Constitución de 1979, con la diferencia que se elevó a 36% el total de los votos válidos; por eso solamente estos fueron computados en las elecciones políticas de mayo de 1980.

Si la voluntad del constituyente, expresada en el Art 203° de la Constitución, fue, que el Presidente de la República fuera elegido por la mayoría absoluta de los ciudadanos electores, lo concibió con el objeto de que la autoridad del Primer Mandatario fuera indiscutible; por eso, concibe el **voto válidamente emitido** como la forma de consagrar la mayoría absoluta.

Excluir del computo para establecer dicha mayoría, a quienes votaron en blanco o viciaron su voto por ignorancia o como protesta, sería tergiversar la voluntad popular, por cuanto el derecho al voto no puede ser arrebatado a los electores por ninguna razón. No computar los votos en blanco y los nulos para determinar la mayoría absoluta, implicaría impedir que la voluntad soberana del cuerpo electoral consagró a un gobernante que salga elegido por más de la mitad de los votos válidamente emitidos y estos solamente se configuran, cuando el elector cumple todas las formalidades que exige la ley para sufragar; etapa del proceso ajeno al contenido del voto; en cuya virtud; no puede confundirse las formalidades del acto de emitir el voto, con el contenido del voto mismo, que puede ser: válido, en blanco o nulo; ya que una cosa es el voto como expresión de voluntad política y otra es el proceso de emitir el voto.

La concepción de la mayoría absoluta, que la Constitución restablece en su artículo 203°, fue concebida en el artículo 129° de la Constitución Portuguesa de 2 de abril de 1976, cuyo artículo al tratar del sistemas electoral dice: “Será elegido Presidente de la República el ciudadano que obtenga más de la mitad de los votos válidamente emitidos.

215

La Constitución Francesa de 4 de octubre de 1958, en su artículo 7° dice: “El Presidente de la República será elegido por mayoría absoluta de los votos emitidos”. Si no se obtiene esta en la primera vuelta... esto es, claramente se evidencia dos concepciones:

- 1.- El sufragio universal y directo, contenido en su artículo 6° y
- 2.- El principio de la mayoría absoluta de los votos emitidos; concepciones que posiblemente de antecedentes a los constituyente elaboraron la Constitución actual.

V.- CONSTITUCIONALIDAD DEL ART. 6° DE LA LEY 23903

La primera parte del Art. 6° de la Ley N°23903, objeto de la impugnación “al entender por votos válidamente emitidos, la totalidad de los sufragios computados, incluyendo los que resulten nulos ó en blanco” no sobrepasa ni infringe el Art. 203° de la Carta Política; muy encontrarlo, cumple el principio de razonabilidad tratando de realizar lo que la Constitución quiere y es congruente con ella, subordinándose a sus concepciones, cumpliéndose así inequívocamente el principio universal de **SUPRA**, por el cual la norma constitucional está por encima de cualquier cosa.

La Ley como voluntad del Poder Legislativo debe cumplir los objetivos, fines y propósitos de la Constitución; por cuanto la voluntad de los legisladores expresa en las Leyes, es siempre inferior a la voluntad del pueblo, convertida en voluntad jurídica en la Constitución.

La inconstitucionalidad de una ley, o parte de ella, sólo puede ser declarada por el Tribunal de Garantías Constitucionales, cuando contrarie o infrinja la Constitución, como lo puntualiza el Art. 20° de la Ley No. 23385; y tal declaración solo corresponde hacerlo cuando la incongruencia de la norma jurídica (la Ley) con la Constitución sea clara e indubitable, y al hacerlo debe señalar los vicios insalvables de la norma impugnada; bastando para ello la confrontación de la norma impugnada con la norma constitucional; pues el Estado de Derecho, del que es garantía el Tribunal, subordina necesariamente su acción, al derecho que el propio Estado establece y crea.

En el cumplimiento de la norma constitucional, función que corresponde cautelar el Tribunal de Garantías, debe tenerse en cuenta, no lo que el constituyente quiso consagrar, sino lo que efectivamente consagró; ya que la interpretación de las normas constitucionales, sólo corresponde hacerlo al Parlamento.

216

Si bien es verdad que la Constitución garantiza y protege el imperio del derecho; también lo es, que el derecho se determina y establece en la Ley; la que forzosamente tiene que subordinarse a ella; concepciones que llevan a la convicción que el Art. 6° de la Ley No. 23903, materia de la impugnación, no infringe, ni contraría el Art. 203° de la Constitución; en cuya virtud mi voto es por que la demanda sea declarada infundada en imperio del principio Supra; por cuanto el citado dispositivo legal que contiene el artículo 6o. referido, no infringe ni viola norma constitucional alguna.

RODRÍGUEZ MANTILLA

Lo que certifico:

Manuel Visalot Chávez.

Secretario-Relator.

**VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO DOCTOR MANUEL AGUIRRE
ROCA EN QUE SE DECLARA FUNDADA LA DEMANDA DE
INCONSTITUCIONALIDAD FORMULADA POR LOS 61 SEÑORES
DIPUTADOS CONTRA LA LEY No. 23903, E INCONSTITUCIONALES
LOS DOS PÁRRAFOS DEL ART. 6 DE DICHA LEY.**

No pudiendo resolver, mediante sentencia, el Tribunal de Garantías Constitucionales, la demanda incoada por 61 señores Diputados contra el artículo 6° de la Ley 23903, por no haber conseguido el mínimo de 6 votos conformes que, para tal efecto, la Ley 23385 (que es su Ley Orgánica) exige, los votos de los magistrados por no estar en condiciones de integrar la inalcanzada sentencia, son votos “singulares”, a menos que resulten idénticos entre sí, en sus conclusiones y en sus fundamentos, y que, consecuentemente sus autores —o parte de ellos— decidan suscribir un solo texto común.

Como, al momento de redactar este voto (después, aun, de votada la causa), no ha sido posible conocer ni los fundamentos exactos ni el alcance preciso de las conclusiones de todos los magistrados, pues, como debe constar en el acta de la sesión correspondiente, el debate llegó a su fin de modo sorpresivo y antes de que todos los magistrados hubiesen, íntegramente e **in extenso**, expresado sus fundamentos y conclusiones, es ya del todo imposible cotejar mis fundamentos y conclusiones con los de los demás magistrados —los que, como digo, no me son plenamente conocidos— en forma que este voto tendrá que ser, necesariamente, totalmente singular y ya no podrá ser “concordado”.

Considero fundada la demanda que se limita, como se sabe, a pedir que se declare inconstitucional el primer párrafo del artículo 6° de la Ley 23903, en cuanto, según él, son “válidamente emitidos” todos los votos “computados”, incluyendo los “nulos” y los “blancos”. Por las mismas razones y por extensión, estimo igualmente inconstitucional el segundo párrafo del mismo artículo 6°, aunque dicha inconstitucionalidad, seguramente por ser, aritmética y electoralmente, intrascendente, no haya sido reclamada en la demanda. Igualmente y aunque tal cosa no se pidió en la misma demanda, sino avanzado ya el proceso, verbigracia, entre otros, en el escrito presentado por la parte actora, de fecha 15.1.85, estimo que el atacado artículo de la Ley No. 23903 adolece de otro tipo de inconstitucionalidad: **la inconstitucionalidad formal**, pues si bien ello no fue materia del debate entre las partes, ni de la “litis” propiamente dicha, parece inconcusamente probado en autos que el indicado artículo no fue aprobado mediante la mayoría calificada que exige el artículo 194° de la Carta Magna, aunque es bien cierto que el Congreso pudo —y puede— pensar que,

para su aprobación, no era necesaria, por no tratarse, a su juicio, de “ley orgánica”, una mayoría calificada. Sobre este particular, se dirá algo más en el desarrollo de los fundamentos del voto.

¿Problema verbal?

También debe aclararse, en esta especie de preámbulo (que las circunstancias hacen indispensable) que, como pienso que el complicado —y, a ratos, desconcertante— asunto relacionado con los votos “blancos” y “nulos”, es el producto de un extraño disloque verbal o de alguna involuntaria y no querida paralogización (especie de ensalmo) semántica o gramatical —pues, ciertamente, por más esfuerzos que he hecho para detectar las huellas de su etiología, no he podido acercarme más a su origen—, he creído conveniente —por no decir necesario— iniciar la exposición de los fundamentos por un examen de tipo gramatical, seguido por unos breves comentarios centrados en la “teoría del acto jurídico”. Luego se analizarán, tal como lo hacen las partes, los asuntos atinentes a la interpretación de la norma (artículo 203 de la Constitución del Estado). No se pasará por alto un obligado estudio aritmético (**que nos planteara la necesidad de una suma algebraica**) sobre la forma de computar o sumar elementos heterogéneos, y otros ángulos importantes de la dimensión matemática del problema. Un “Escolio”, en el que se ha procurado cubrir materias interesantes (tal vez no suficientemente desarrolladas en la parte precedente y subsanar algún olvido mayor, cerrará la exposición.

218

Modestamente, pues, y reconociendo la fuerza, legitimidad y buena fe de las posiciones de ambas partes, con el propósito de aportar un grado de arena al esclarecimiento de lo que he denominado “disloque verbal” o “involuntaria paralogización” —en terminología **kantiana**, podría, tal vez, hablarse de una especie nueva de “paralogización trascendental”— semántico-gramatical comenzaré, en lo que sigue, la explicación de m voto singular, dejando constancia, de que, como el problema que nos ocupa interesa a las grandes masas populares y no sólo a los especialistas, me he tenido que permitir —mucho me lo temo— algunas “licencias” (circunloquios, reiteraciones, expresiones y ejemplos no convencionales, etc., etc.) que pueden no ser del completo girado de los paladares más cultivados. Ruego, pues, aceptar mis excusas.

I. De la gramática a la teoría del acto jurídico

Voto “válidamente emitido”, gramatical monto hablando, es el que, durante el proceso de la emisión, no se invalida o anula (de lo contrario, por definición, sería inválidamente emitido), Pala que ello ocurra —que no se anule o invalide— es menester que, durante el proceso de la emisión, no se produzcan hechos ni circunstancias invalidantes (las perogrulladas no son inútiles, como se verá).

En efecto, el adverbio “válidamente”, derivado del adjetivo “válido” (sano, fuerte, sin defecto, entero, etc.) califica al verbo emitir, usado en su forma de participio pasado (que, a su turno funge de adjetivo) y se refiere a la manera o forma cómo se produce el hecho de la emisión y también —he aquí la función del participio pasado— al resultado de la emisión, o sea, a lo “emitido”.

El acto jurídico

El uso del adverbio “válidamente” indica, de otro lado, que el hecho o acto calificado, es decir, la emisión del voto, es un acto jurídico, pues los hechos o actos de otro jaez (mecánicos, físicos, históricos, biológicos, astronómicos, etc., es decir, aquellos en que no interviene la voluntad humana como causa productora y **sine qua non** de efectos queridos —ya sean jurídicos, ya de otra zona del ámbito normativo-preceptivo— y, por tanto, sujetos a reglas o normas estrictas nunca son “válidos”, ni se realizan “válidamente”. En efecto, a nadie se le ocurriría decir, por ejemplo, que un filete o un huevo son “válidamente” fritos; o las corbatas “válidamente” anudadas; o los libros y revistas “válidamente” leídos. No, los alimentos son torpe o diestramente fritos, pero no “válidamente” fritos; las corbatas adecuadas o chabacanamente anudadas, y los libros, para abreviar, distraída o atentamente leídos. Jamás se usará, en estos casos, el adverbio “válidamente”, pues ello sería no sólo impropio, sino extravagante e imperpetinente. Tampoco puede decirse, remontándonos a la astronomía o a la historia, que el Sol se pone o sale “válidamente” o que la Edad Antigua es “válida”, o transcurrió “válidamente”, o se inició o terminó con “validez”.

219

En cambio, todos los hechos o actos jurídicos —los llamados “negocios jurídicos”— que se trate de la celebración de un matrimonio, la constitución de una hipoteca, el otorgamiento de un contrato, el reconocimiento de un hijo, la expedición de una sentencia, **la emisión de un voto**, la ejecución de un reo, o la traba de un embargo, sí pueden ser —y, de hecho y necesariamente, lo son— válidos o inválidos, válidamente o inválidamente celebrados, constituidos, otorgados, reconocidos, expedidos, emitidos, ejecutados, trabados, etc.

“Introducción” vs “emisión”

Por eso, cuando la Constitución usa la expresión “votos válidamente emitidos”, se tiene que referir, necesariamente, al aspecto jurídico del acto, el proceso ritual y sujeto a normas de la emisión en la Cámara Secreta, y no al aspecto mecánico: la simple introducción de la cédula en el ánfora. Esta, la introducción o depósito de la cédula —por ser un hecho mecánico— no es ni “válida” ni “nula”, sino simple y llanamente, “oportuna”, “adecuada”, “normal”, “torpe”, “diestra”, “rápida”, “lenta”, etc.

¿Qué es lo que permite aplicar el adverbio «válidamente» a los actos jurídicos, y no permite hacerlo a los no jurídicos o simplemente físicos, históricos, astronómicos, mecánicos, etc.? Es obvio que la razón se encuentra en la “normatividad”, en la presencia de la regla y el precepto.

Para que los actos jurídicos produzcan el efecto deseado, es menester, en verdad, que se sujeten a las reglas de derecho y preceptos o normas jurídicas pertinentes. Lo mismo ocurre, **mutandis mutandis** por cierto, con los actos o hechos de todo el ámbito “normativo” o “preceptivo”, ya se trate del jurídico propiamente dicho, del ético, del religioso o del de las reglas llamadas del trato, protocolo o cortesía social.

De una misa (sacrificio y ceremonia del mundo normativo-religioso) se dice que es o no “válidamente” celebrada (no lo es, por ejemplo, si el oficiante no es verdaderamente sacerdote, si se dice en lugar prohibido, etc.); de un tiro penal, en un partido de fútbol, que es o no “válidamente” ejecutado —no lo es, por ejemplo, si el ejecutor hace fintas antirreglamentarias en su carrera—; de un juicio, que es —o no— “válidamente” tramitado; pero, de una flor no se dice que desarrolla o nace “válidamente”, ni de una batalla —piénsese, por ejemplo, en Ayacucho o Waterloo— que es “válidamente” librada; de una pared que es “válidamente” construida; de la digestión o del estornudo, que son “válidamente” producidos; ni se puede decir, tampoco, que los monos se mecen “válidamente” en las ramas de los árboles, o que la luna ríela “válidamente” en el estanque.

La validez: “ser” y “deber ser”

La “validez” pertenece, pues, al mundo de la normatividad, de lo “preceptivo”, que es el mundo del “debe ser” —ya sea religioso, ético, social, protocolar o propiamente jurídico— como distinto y opuesto al mundo del “ser”. La norma y el precepto —que son, por definición, elementos ordenadores de la conducta humana— dicen cómo **deben ser** ciertas cosas para que “sean”, es decir, cuáles son los requisitos mínimos que **deben** satisfacerse para que nazcan bien y “valgan” (y, al mismo tiempo, “sean”, en ese ámbito).

En el mundo del “ser”, las cosas “son” o “no son”, mientras que, el del “deber ser”, tienen “validez” o no tienen “validez”. Imaginemos, para contrastar estos dos mundos o ámbitos, que se celebra un matrimonio, se dice una misa o se traba un embargo. Los actos y ritos correspondientes y todo el aparato físico que los rodea —novios, invitados, anillos, flores y aromas; sacerdotes y testigos, candelabros y banquetes; escribanos, litigantes, protestas y ajetreos, etc. — de hecho existen, es decir, en el mundo real, histórico, del “ser”, “son”; pero, esos mismos hechos, con todo su color, aderezo y ornamentos, en el mundo del “deber ser”, del precepto, de la normativi-

dad, del derecho, pueden no tener significación alguna y pasar como si no existiesen siquiera, pues, en efecto, si las cosas no se llevan a cabo con arreglo a las normas o reglas pertinentes, carecerán totalmente de validez, no existirán en el ámbito del “deber ser”; y, así, el matrimonio resultará nulo o inválido —y, aun, según otra especial categorización doctrinaria, totalmente inexistente, tal y como sí nunca nada hubiese empezado siquiera a ocurrir— en el mundo del derecho, sin que interesen ni el brillo de los aros cambiados, ni la belleza de la novia, ni las copas de champaña consumidas, ni las lágrimas de emoción derramadas; y, la misa, igualmente inexistente —pese al incienso quemado y los himnos entonados—; y, el embargo, también nulo, pese a los sustos y carreras, los forcejeos, imprecaciones y desmayos, y las actas indebidamente levantadas.

El voto

Lo mismo ocurre con el voto: en el mundo físico e histórico, se puede dar, ríe hecho, toda la infraestructura, todo el colorido, todo el aparato: de un hombre se acerca a una mesa, entrega una libreta, recibe una cédula, pasa a la Cámara Secreta, retorna a la mesa, deposita una cédula en el ánfora, firma un libro, recoge su libreta, introduce un dedo en un frasco de tinta, y se va. Todo esto ocurre y “es” en el mundo histórico y físico, ciertamente. Pero, en el ámbito de la normatividad, del derecho, **si en el proceso de la emisión** no se han respetado las reglas o normas, el acto jurídico no tiene validez, es decir, es como si no se hubiera siquiera producido: es inválido —“inválidamente celebrado”—, nulo o, aun, según las modalidades, situaciones y teorías, totalmente inexistente.

¿Qué tenemos que saber, pues, para determinar si el voto es válidamente emitido? Sencillamente averiguar si, en el proceso de la emisión, se observaron las reglas jurídicas pertinentes, lo mismo que en la ceremonia del matrimonio, o en la celebración de la misa. Si ocurre que, en el proceso de la emisión, no, se respetan las reglas —o, lo que viene a ser lo mismo— se producen o dan los hechos o las circunstancias que las reglas o normas consideran invalidantes, la emisión resulta inválida, el proceso de la emisión “inválidamente ejecutado” y, por ello, necesariamente, el voto inválidamente emitido y, en consecuencia, inválido o nulo. Piénsese, para mejor ilustrar este contraste entre el “ser” de las cosas en el mundo real y la “validez” de las mismas en el mundo normativo, en la ejecución de la pena máxima —el tiro de penal— en el fútbol. El jugador corre y dispara. La bola surca el aire, hace inútil la estirada del arqueo, se introduce por el rectángulo enmarcado por los tres palos y va a descansar al fondo de los piolines. El público grita ¡Gol! Todo ha ocurrido y es “real”. Pero si se ha violado una regla, verbigracia, si no se espera el pitazo, si el ejecutor hizo pasos engañosos, etc., el juez invalidará el tanto: nada

habrá pasado, pese a los vítores de las enardecidas multitudes y las algazaras de jugadores e hinchas, en el ámbito del derecho, y el gol no será gol, sino una mera apariencia, un fantasma, la nada.

¿Válidamente emitidos?

Por lo expuesto, los votos nulos no son válidamente emitidos, pese a todo el aparato histórico que los rodea, y los válidamente emitidos son, necesariamente, válidos. Pero el artículo 6° de la ley impugnada dice otra cosa, verbigracia: que los nulos se consideran “válidamente emitidos”, afirmación contradictoria producto, pues, de un paralogismo involuntario y no querido- que no se puede entender, pues, según hemos visto, los actos jurídicos son “**válidos si son válidamente ejecutados** (celebrados, constituidos, otorgado, procesados, etc., etc.) y “nulos” si, al contrario, no lo son. (No podemos entrar, aquí, en los matices y laberintos de las nulidades parciales, ni de la “validez putativa”, que, por lo demás, no gravitan en el caso analizado, donde sólo complicará la exposición).

Se puede alegar, es cierto, que el citado artículo 6° no dice que los votos nulos son “válidamente emitidos” sino sólo que debe entenderse que la Constitución vigente comprende, en la categoría de los “válidamente emitidos”, a los válidos los nulos y los blancos (de éstos, los blancos, trataremos más adelante). Ahora bien, no hay ningún motivo para pensar —salvo el paralogismo o disloque involuntario señalado— tal cosa del Constituyente. No creo, en verdad, que sea justo atribuirle un propósito que, como se ha visto, no parece compatible con la naturaleza de las cosas y se antoja contradictorio y jurídicamente autodestructivo.

Ley No. 23903

Entrando un poco en el detalle de la Ley Electoral vigente, la que ya existía cuando se dio la Constitución vigente —y quedó así, indirectamente sancionada— y que la propia Ley impugnada, No. 23903, canoniza —en su artículo 21— en cuanto no haya sido modificada, verbigracia y específicamente, en lo que se refiere, justamente, a la definición de los votos “nulos” y “blancos”, se observa que los casos de nulidad son 5, y que los 5 se refieren, precisamente, **a hechos y circunstancias invalidantes que ocurren en el proceso de la emisión del voto.**

Helos aquí: Artículo 143° de la Ley Electoral vigente (D.L. 14250 actualizado).

“Artículo 143.- Son votos nulos:

- 1) Aquellos en que el elector hubiese anotado sobre la misma figura o símbolo más de una “cruz” o “aspa” o estos dos signos juntos.

- 2) Aquellos en que el lector hubiese anotado una cruz o aspa fuera de la figura o símbolo que aparezca al lado del nombre de cada Lista.
- 3) Aquellos en que el elector hubiese agregado nombres de partidos o alianzas de partidos o nombres de candidatos, a los que estuvieran impresos; o cuando repitiese los mismos nombres impresos.
- 4) Aquellos emitidos que llevasen escrito el nombre, la firma o el número de la libreta del elector, o cualquier otro signo o señal que pudiera interpretarse como medio de identificar a aquél.
- 5) Aquellos emitidos en cédulas no entregadas por la Mesa o que no lleven la firma y sello del Presidente de ésta en una de las caras externas de la cédula.

Se ve, pues, que en los cinco casos, la nulidad declarada es una consecuencia de defectos formales —aunque ellos puedan implicar, simultáneamente, otros vicios de otro jaez— que se producen **en el proceso de la emisión, es decir que el voto nulo es, justamente, el viciado en el proceso de la emisión es decir, el in válidamente emitido.**

¿Porqué pensar, entonces, que el voto nulo es válidamente emitido y, además, que justamente el voto que la ley examinada —No. 14250, ampliatorias y modificatorias— declara nulo, por ser, precisamente, inválidamente emitido —es decir, malogrado, viciado o invalidado durante la emisión—, es válidamente emitido?

¿Por qué atribuir un tal propósito, que se nos presenta como jurídicamente irrealizable, al constituyente?

II. Interpretación de la norma

Hasta este momento se ha hecho un análisis gramatical, somero y propedéutico, integrado en un examen técnico (circunscrito a la teoría del acto jurídico). Ahora **tenemos que pasar** —y debe pasarse— una rápida revista a los otros ángulos esenciales del problema —los mismos que han sido extensamente debatidos por las partes— verbigracia, los relativos a la interpretación histórica, teleológica, sistemática y aritmética de la norma constitucional.

a) El punto de vista histórico

Este se refiere al origen y a la motivación de la norma y, por ello, procura encontrar, en los antecedentes de la misma —especialmente en las exposiciones de motivos, fundamentaciones y Diario de Debates— los rastros y las huellas de su auténtico hontanar.

No hemos encontrado nada en los antecedentes que nos haga pensar que con la expresión de votos “válidamente omitidos”, se haya querido decir cosa distinta de “votos válidos”, que fue la empleada en la Constitución precedente, de 1933. A la vista de la causa, el día 15 de enero, en Arequipa, el señor representante del Congreso de la República, doctor Ramírez del Villar, reconoció, en forma paladina (cosa que también ha hecho por escrito, según consta de autos) que, en efecto, nunca se dijo nada respecto del sentido de la expresión “válidamente emitido” —ni tampoco respecto del significado de los “nulos” y los “blancos”—; nada, en suma, que pusiera de manifiesto el deseo de cambiar el sentido de la expresión anteriormente empleada, que era la de “votos válidos ni de dotar de distintos rolos electorales a los “nulos” y los “blancos”. Agregó que no fue necesario hacerlo, porque el criterio de la mayoría absoluta” obviaba el asunto, ya que en dicho criterio, a su juicio, so encontraba implicado el cambio de sentido de la expresión. Este punto se verá en el examen “teleológico” que sigue.

En ese momento del debate oral, el señor representante de los señores diputados demandante exclamó, en forma enfática: “la confesión es la reina de las pruebas... a confesión de parte, relevo de prueba”. Y en ello no fue desmentido por la otra parte, verdad es.

224 La interpretación histórica no favorece, pues, a la parte demandada, la cual, cierto es, a través de la interpretación teleológica o finalista, hizo encomiables esfuerzos por refutar el argumento extraído de la interpretación histórica, como luego se verá, aunque, a nuestro juicio sin lograrlo.

Apuntemos, de paso, que en lo relacionado con esta parte del problema, la abundantísima y pertinente argumentación e información aportada por ambas partes, hace ociosa cualquier ampliación. Base dejar constancia de que, a nuestro juicio, como se acaba de decir, el aspecto histórico del asunto no favorece a la parte demandada.

b) El punto de vista teleológico, que ha sido el más trabajado y profundizado por el señor representante y abogado del Congreso, es el que dice relación con el objetivo o fin —no ya con el origen o motivo— perseguido por la norma. En ese aspecto del problema, en efecto, el señor representante del Congreso hace un verdadero despliegue de conocimientos históricos y jurídicos y encandila la atención con sólida y bien montada argumentación. Sin embargo, si se penetra con tiento y sentido crítico y selectivo en la tesis sustentada, se aprecia que, no obstante su erudición y firmeza, resulta de sólo relativa relevancia en el caso **sub júdice** ya que, en éste, lo decisivo no consiste —parece— en saber qué se entiende o entendía por “mayoría absoluta” en ciertos cuerpos colegiados vigentes o pretéritos, sino qué se entiende por mayoría absoluta de “votos válidamente emitidos”, dentro del marco de referencia de la Constitución actual.

Al respecto, como bien dice (en su no menos sobresaliente exposición —cuya abundancia histórico-informativa y reverberación jurídico-dialéctica son verdaderamente impresionantes) el señor representante y abogado de la parte demandante, doctor Javier Valle Riestra, desde que se instauró el sistema de la votación directa para la elección de la Presidencia de la República en el Perú —y, especialmente, en todos los procesos electorales generales y comunales, desde que entró en vigencia la precedente Constitución de 1933— la mayoría ha sido calculada sobre los **votos** y no sobre los electores inscritos ni sobre los sufragantes concurrentes. Es decir, que el criterio que propone la otra parte; el de un porcentaje Predeterminado sobre un número de electores o personas con derecho de voto, o de sufragios, o de votos emitidos, no tiene por qué proyectarse como instrumento interpretativo a una situación totalmente distinta.

Evolución histórica

Respecto de esta cuestión, opino que el desarrollo histórico de la institución electoral, sólo sirve para conocer eso: el desarrollo histórico de dicha institución, pero no para interpretar lo que no necesita interpretación, o sea, los precisos alcances y el sentido del artículo 203o. de la Carta Magna, según el cual, el total que interesa para determinar el cociente electoral (“más de la mitad de los votos válidamente emitidos”), es el integrado por un tipo de votos: Los “válidamente emitidos”. Ni el Digesto, ni las Leyes del Toro, ni las Pandectas, ni las Siete Partidas del Rey Alfonso el Sabio, ni los Glosadores —piénsese en Bartolo o en Baldo— ni el Derecho Canónico, ni los antecedentes del constitucionalismo del siglo XIX, ni los Reglamentos internos de las Cámaras del Congreso, nada ni nadie puede alterar una cosa tan robusta como sencilla: que la mayoría absoluta que la Constitución vigente exige es la que consiste en la mitad más uno de un tipo de votos: los “válidamente emitidos”, y no, en cambio, de los electores, de los electores inscritos, de los electores inscritos con libretas electorales válidas, ni de los sufragantes, ni siquiera de los simplemente “emitidos” o “computados”.

225

La mayoría absoluta

Cuando se piensa que el concepto de “mayoría absoluta” implica el de mayoría sobre el total de votos computados —como lo dice el artículo 6° de la Ley impugnada— sólo porque, en el siglo XIX y aun hoy, en algunos cuerpos colegiados, se determina la mayoría absoluta sobre el total de miembros con derecho a voto o, en su caso, de los sufragantes; a mi juicio, se parte de la conclusión para llegar a las premisas, o se razona en círculo. ¿O me equivoco?

No parece lo indicado, en efecto, partir del concepto lo que sea la “mayoría absoluta”, para pasar, armados con ese instrumento interpretativo, a determinar el alcance

y el sentido de la expresión de votos “válidamente emitidos”, sino que tiene que procederse al revés: del análisis del concepto de “votos válidamente emitidos”, se pasa al de la **mayoría absoluta de ese “universo de cosas”**, es decir, del universo de cosas integrado por los “votos válidamente emitidos” y sólo por ellos, pues, en efecto, “mayoría absoluta” es, simplemente, un concepto matemático derivado, de uno de los axiomas de la Reina de las Ciencias, que dice: “El todo es igual a la suma de las partes”. Así, se torna una parte de un todo —cualquiera que este sea— y se la compara con el propio todo —determinado, por cierto, por las cosas que lo integran y, en este caso, por definición, sólo por los denominados “votos válidamente emitidos”— se dice que la comparación es “absoluta”, y si se la compara no ya con el todo, sino con otra u otras partes del todo, se dice que la comparación es “relativa”. De allí también que cuando, comparada con el todo, la parte escogida es más de la mitad de aquél, se dice que es “mayoría absoluta”, pues nada hay —y, por hipótesis, no puede haber— de ese todo, que pueda sobrepasarla. Si el todo se divide en varias partes y éstas se comparan entre sí, la comparación será “relativa”, y las partes tendrán, unas respecto de otras, las “mayorías relativas” correspondientes. No es imposible que una —pero, en efecto, nunca más de una de esas partes— no sólo sea mayor que las demás partes y, por lo tanto, sea la primera mayoría relativa, y al mismo tiempo, resulte, comparada con el todo, mayor que la mitad del mismo, de modo que sea, también la “mayoría absoluta”.

He aquí un ejemplo

Para saber cuál es la cifra de la mayoría absoluta por ejemplo, del grupo integrado por las mujeres de más de 50 años en el Perú, es menester saber, para comenzar, cuántas mujeres de más de 50 años hay en Perú (el ejemplo puede no ser el mejor, pues en los cuadros estadísticos conocidos, las mujeres peruanas no suelen confesar más de 45 años). Hecho lo cual, bastará dividir por 2 y agregar 1. No podemos hacer lo contrario, pues no tendría sentido comenzar por asumir que la mayoría absoluta es un número dado, determinable en función de las leyes del siglo pasado —o en la densidad poblacional— ni de los reglamentos internos de las Cámaras o del **Corpus juris canonici**. La única forma de saber a cuánto asciende el número correspondiente a la mayoría absoluta de las mujeres de más de 50 años del Perú —a ese “universo de cosas” que nos sirve de ejemplo— consiste en hacer la suma de todos los individuos que pertenecen a ese grupo y luego dividir por 2 y agregar 1.

Mayoría absoluta es un concepto aritmético y convencional, relacionado con un número determinado de cosas (“universo de cosas”) Mientras no se determine dicho número, ni el sabio Rey Salomón podrá decir a cuánto asciende la mayoría absoluta del todo integrado por dichas cosas.

¿Más respaldo para el presidente?

Dentro del mismo argumento teleológico, y como segundo eslabón de la cadena, se ha sostenido que como en la Constitución vigente se otorgan nuevas y más importantes atribuciones y facultades al señor Presidente de la República, es menester, para dotarlo de un respaldo ciudadano proporcionalmente mayor, exigir para su elección, un mayor cociente electoral. Dicho lo cual, se sostiene —y este es el tercer eslabón del argumento— que, para lograr ese mayor respaldo, la mayoría absoluta de calcularse sobre el total de los votos “computados” o “emitidos”, incluyendo, pues, válidos, blancos y nulos.

Al respecto, deben considerarse dos cuestiones:

- a) que, de hecho y de derecho, al aumentarse el cociente del tercio —que fue la regla de la Constitución del 33— al 50% (en la elección del 80', en virtud de una disposición transitoria especial, el cociente fue de 36 %), el aumento del caudal electoral exigido es enorme. Tan grande es el incremento, en efecto, que si la regla actual se hubiese aplicado en las elecciones de 1980, el Presidente Belaúnde Terry, pese a la impresionante avalancha de votos conseguidos entonces, no hubiese sido elegido, pues sólo llegó al 46% de los votos válidos —sin contar “blancos” y “nulos”—. Algo más, si entonces se hubiesen computado, para determinar el cociente electoral, los “blancos” y los “nulos”, el actual Presidente de la República no hubiera alcanzado ni siquiera el 36% entonces exigido y, en consecuencia, no hubiese alcanzado la Presidencia de la República.

227

¿Por qué temer, entonces, que el cociente electoral establecido por el artículo 203o. de la Constitución vigente, de no considerarse los votos blancos” y los “nulos”, sea muy bajo y no garantice el respaldo necesario para ejercer la Presidencia, habida cuenta de las nuevas facultades y atribuciones que la Constitución vigente otorga al Presidente?

Es claro que el **incremento es enorme** y que, para que así sea, no es necesario, lo hemos visto, modificar el marco de referencia constituido por los votos computables, ni agregar al número de éstos los “blancos” y los “nulos”. Antes por el contrario, lo que sí es lógico es pensar que, dado el importante aumento del coeficiente electoral derivado del simple cambio de la cifra del 33% al 50% —sin considerarse votos “blancos” y “nulos”, os decir con el mantenimiento del marco de la referencia anterior—, no hay motivo alguno para imaginar que, además, por el mérito del uso de la expresión “válidamente emitidos”, se haya querido adicionar, a ese enorme aumento, otro incremento adicional, que bien podría llevar el porcentaje mínimo exigido ¡al 70% de los votos obtenidos!; y

- b) que, de otro lado, como ya se ha indicado, nada hay ni en la norma comentada (art. 203 de la Constitución) ni en sus antecedentes que refleje, de algún modo, esa intención de incluir en el cómputo los votos “nulos” y los “blancos”, según lo demuestre el excelentemente documentado alegato de la parte demandante.

El argumento teleológico, extraído del concepto de “mayoría absoluta”, no puede, pues, convencer.

Las interpretaciones sistemática y aritmética, por su parte, confirmarán la opinión en el sentido de que los votos “nulos” no deben computarse para la determinación del cociente electoral. Además, llevarán a la conclusión simultánea de que los votos “blancos” tampoco deben computarse para determinar el cociente electoral.

Votos “nulos” y “blancos”

Valga comenzar esta parte del análisis por demostrar que los votos “blancos” y los “nulos” son votos gemelos, sujetos al mismo régimen legal y matemático, de modo que si los unos no deben computarse, los otros tampoco deben serlo. En suma, o los dos tipos de voto son computables para la determinación del cociente fijado en el artículo 203 de la Constitución, o ninguno lo es.

228

Lo primero que se aprecia es que la propia Constitución les reconoce la misma naturaleza y los somete al mismo régimen. Así, el artículo 290 los identifica y hasta confunde cuando dice, en relación con las facultades del Jurado Nacional de Elecciones para declarar la nulidad del proceso, que ésta puede declararse.

- “1) Cuando los sufragios emitidos, en sus dos terceras partes, son nulos o en blanco”.
- “2) Cuando se anulan los procesos electorales de una o más circunscripciones que en conjunto representan el tercio de la votación nacional válida”.

El inciso 1) pone de manifiesto la voluntad del constituyente —y de la misma Constitución, pues, en este caso, dada la claridad del dispositivo, no hay discrepancia posible entre la una y la otra— de identificar a los “blancos” y los “nulos”. No sólo ambos producen un mismo “efecto”, alcanzada que sea una determinada proporción (lo que, de Paso, tiene que significar que ese es un único efecto, vale decir, que no alcanzada dicha proporción, no producen efecto alguno, cosa que concuerda con la naturaleza del voto “nulo” que, Por definición, es estéril), sino que, además, según el inciso 2), son además de iguales entre sí, radicalmente distintos de los válidos, que son los que, por ello mismo, sostienen la elección (tienen pues, respecto de los válidos, **signo contrario**).

Mas no solo la Constitución, en el glosado artículo 290 y concordantes, como, por ejemplo, el 292, identifica por sus consecuencias negativas y nulificadoras —y por su carácter de opuestos y contrarios respecto de los válidos— a los “blancos” y los “nulos”, sino que también la ley electoral vigente, **al definir, en su artículo 144 el voto “blanco”, lo hace aparecer como una simple y vulgar variedad del voto “nulo”**.

Examínese este artículo (144) y compárese con el anterior, y se verá que lo único que distingue al voto “blanco” del voto “nulo” es su denominación. Tanto el uno como el otro, en efecto, resultan de vicios formales: en el “nulo”, por ejemplo, se duplica o triplica un símbolo (inciso 1° del artículo 143 de la ley bajo examen), mientras que en el “blanco”, el símbolo o la marca no aparece dentro de un rectángulo (artículo 144 de la misma ley). ¿Cuál es la diferencia sustancial? Se trata, evidentemente, de variedades de la misma especie: **votos castrados por defectos formales ocurridos durante su emisión**. Es más, repárese en que el inciso 2 del glosado artículo 143, identifica al “nulo” con el “blanco” definido en el art. 144 siguiente.

¿Rechazo?

Cuando se dice, pues, que el voto “blanco” es una “manifestación de rechazo”, y que el “nulo” en cambio, no lo es, se dice algo que no tiene apoyo alguno ni en la Constitución ni en la ley y que, antes bien, está claramente contradicho por la primera y la segunda. Para la primera, en efecto, se trata de cosas idénticas e igualmente indeseables, que sólo pueden tener, alcanzado que sea un cierto porcentaje (inalcanzable, en realidad, por lo demás) un efecto negativo y contrario al propósito del proceso electoral, que es el del relevo de las autoridades de cierto nivel; mientras que, para la segunda (la ley) son tan parecidos —acabamos de verlo— que sólo la denominación puede distinguirlos.

Tan poco tiene que hacer, en lo que se refiere al voto “blanco” —y a la distinción entre éste y el “nulo”— la voluntad política del elector, que en ambos casos pueden darse las mismas manifestaciones —y no-manifestaciones— de voluntad, sin que por ello cambio la situación y sus consecuencias. Así por ejemplo, tanto en el “nulo” como en el “blanco” se puede declarar (por ejemplo, escribiéndolo en la cédula de puño y letra) qué se quiere votar por un tal candidato, una tal fórmula o una lista determinada; pero si se produce uno de los vicios formales que la ley señala como invalidantes (o varios de ellos), el voto es siempre nulo; ya sea por “nulo”, ya por “blanco”. Lo es por “nulo”, si el vicio invalidante es de los que figuran en el artículo 143°; y, por “blanco”, si el vicio figura en el artículo siguiente.

El rol de la voluntad es nulo

Lo que puede ocurrir, en ambos casos, **con declaración de voluntad** y apoyo de un candidato, una fórmula o una lista, puede también ocurrir —también en ambos casos— **sin declaración de voluntad**, lo que demuestra que la voluntad no juega ningún papel en la catalogación de los votos en “nulos” y “blancos”. Un ejemplo aclarará las ideas. Se trata del caso más común: Pedro, al votar, no pone ninguna cruz en ninguna parte de la cédula, pero escribe su nombre. Su voto se considera “nulo” y no “blanco”, pero no hay, por cierto, declaración de voluntad alguna. Juan, en cambio pone una cruz fuera del cuadrilátero (¿declaración presunta o real de voluntad?), o no pone nada, su voto, en ambos casos, haya o no declaración presunta o real de voluntad, se considera “blanco”.

¿Cuál ha sido el papel de la voluntad en la clasificación y/o diferenciación de los votos? Ninguno, ciertamente.

Análisis sistemático

Corresponde examinar, ahora, el ángulo sistemático, una vez visto que los “blancos” y los “nulos” son gemelos constitucionales y legales.

230

El propósito del estudio sistemático consiste en concordar la norma de cuya interpretación se trata, con otros dispositivos (y, también, vacíos y oquedades) del mismo —o de otro— cuerpo legal (en este caso, la Constitución), con el objeto de determinar sus alcances. Con frecuencia, en efecto, ocurre que el sentido de una norma, que nunca es una isla jurídica, no puede determinarse con exactitud sino a la luz de las disposiciones complementarias del ordenamiento y también de sus vacíos y lagunas.

En este orden de cosas, es importante tener presente lo siguiente:

El trasplante del régimen del artículo 290

a) Que el artículo 290 de la Constitución, que venimos examinando, ha sido trasplantado del régimen que enmarcó a la Constitución del 33' (Estatuto Electoral de 1931, D. Ley 14250 y reglas concordantes) pues en él se consagró la regla que permite declarar la nulidad del proceso cuando las dos terceras partes de los votos son nulos o blancos. Ahora bien, en dicha Constitución, los únicos votos que se tomaban en consideración, para determinar el cociente electoral eran los válidos, pues allí no se empleaba la expresión de “válidamente emitidos”. Parece que un trasplante —tal cual— de una institución a otro sistema, pone de manifiesto el parentesco de los dos sistemas y, en lo que se refiere a la importancia y al relieve de los votos válidos (considerados en sí mismos y en su relación de contraste con los blancos y nulos), la identidad de la institución, considerada como un todo. En otras palabras la conclu-

sión parece ser la siguiente: que si la misma regla funciona —con la misma amplitud y sentido— en ambas constituciones, la expresión de “votos válidos” empleada en la Constitución del 33’, corresponde a la de los “votos válidamente emitidos”, que es la empleada por la Constitución vigente, pues, si así no fuera, sobrevendría inevitablemente, un caos matemático y jurídico. Téngase presente que tanto en el régimen precedente como en el actual, se asignan los mismos valores relativos y numéricos y los mismos signos contrarios a los votos válidos, de un lado, y, a los nulos y blancos, de otro; y que, además, estos últimos, los “blancos” y los “nulos”, tienen los unos respecto de los otros, los mismos valores y signos, es decir, que son idénticos, aunque tengan, por alguna extraña razón, denominaciones distintas (sobre esto se dice algo más en el Escolio).

Un solo criterio

El artículo 203 de la Constitución vigente tiene el siguiente tenor:

“El Presidente de la República es elegido sufragio directo y por más de la mitad de los votos válidamente emitidos.

Si ninguno de los candidatos obtiene mayoría absoluta, se procede a segunda elección dentro de los 30 días siguientes, entre los dos candidatos que han obtenido las dos más altas mayorías relativas.

Junto con el Presidente de la República, son elegidos de la misma manera y por igual término un primer y segundo vicepresidente”.

De este artículo se desprende una regla unívoca que consiste en que, como lo dice el primer párrafo del mismo, para ser elegido se necesita más de la mitad de los votos válidamente emitidos; lo que significa, **contrario sensu, que no se puede ser elegido si no se alcanza esa mitad mas 1 de los votos válidamente emitidos, y que, en consecuencia, solo si se alcanza ese cociente se puede ser elegido** (o, diremos, “válidamente elegido”).

El doble criterio

El artículo 6° de la ley impugnada contiene en cambio, un criterio distinto ya que, según ellas, se puede ser elegido Presidente de la República sin alcanzar más de la mitad de los votos válidamente emitidos, según resulta, literal y lógicamente, del segundo párrafo de dicho artículo 6°, y habida cuenta de la definición que esa misma ley da de la expresión “votos válidamente emitidos”. **Este simple hecho hace incompatible a dicho artículo 6° con la regla constitucional y obliga a declarar fundada la demanda.**

Por otro lado, con el sistema de cómputo del primer párrafo de dicho artículo 6°, la elección podría llegar fácilmente a un total **impasse**, si se pretendiese respetar la tesis del criterio único, que es la que proclama la Constitución en su artículo 203. En efecto, si se exigiese, para ser elegido Presidente, más de la mitad de los votos válidamente emitidos y se considerase, en el cómputo de éstos, a los nulos y blancos, sería perfectamente posible, de no obtenerse dicho cociente en la primera vuelta (lo que es prácticamente fatal, Puesto que es casi imposible que se alcance, considerando los blancos y nulos, el 50%, toda vez que dicho porcentaje supone, aproximadamente, el 70% de los votos válidos), que el proceso desabocase en un fracaso estrepitoso.

Así sería si, como lo quiere la Constitución en la segunda vuelta se aplicara el mismo criterio (es decir, con arreglo al artículo 60. de la ley impugnada, el de integrar el cómputo con los votos nulos y blancos), pues, entonces, lo probable sería que nadie alcanzara el cociente electoral de más de la mitad. Pero lo importante no es el hecho histórico, matemático, de que se alcance o no ese cociente en una segunda vuelta, **sino el hecho puramente lógico de que el logro de tal cociente, si se consideran, para la determinación del cociente electoral, los votos blancos y nulos, no es una certidumbre sino antes bien, apenas una remota posibilidad; y esto es suficiente para que el sistema, como tal, no sea operativo ni aceptable.** En suma, con el criterio que introduce el primer párrafo del artículo 6° de la ley impugnada, la Constitución (que sólo admite un criterio para ambas vueltas) sería incapaz de evitar que la elección desembocase en un rotundo fracaso; lo que es inaceptable.

232

El Constituyente, en consecuencia, no puede haber escogido el criterio del primer párrafo del artículo 6 de la Ley No. 23903, pues, si así lo hubiera hecho, habría tenido que establecer una válvula de seguridad para el caso de no alcanzarse dicho cociente —lo que sería altamente probable y casi fatal—. Esta válvula de seguridad hubiera podido consistir en una tercera vuelta gobernada por otros criterios, o en la intervención, como ocurría en la Constitución del 33', del Congreso de la República.

En cambio, el vacío constitucional creado por la falta de esta válvula de seguridad, demuestra que el criterio del Constituyente es el de sólo tomar en cuenta, para determinar el cociente electoral, el caudal de los votos válidos. Esta conclusión parece no tener vuelta de hoja, pues rechazarla implica pensar que una situación tan patente y probable no fue prevista por el Constituyente, o que éste quiso —llevando el argumento a su extremo lógico inexorable— prefabricar una especie de zancadilla legal para generar el caos institucional; lo que no es aceptable.

Análisis aritmético

Vamos a hacer, ahora, un breve análisis, desde el punto de vista aritmético. En este caso, este tipo de análisis es importantísimo y diríase, aun, decisivo (pues, en realidad el tema tratado versa sobre un asunto de números, coeficientes, signos y cocientes). Parece claro, desde este ángulo pitagórico, que los votos nulos y blancos no pueden sumarse para la determinación del cociente electoral. Veamos:

El artículo 290 demuestra que los votos nulos y blancos tienen, los unos respecto a los otros, los mismos valores numéricos —en el supuesto de tener algún valor numérico— y los mismos signos y, respecto de los votos válidos, valores numéricos menores (en verdad cada voto nulo o blanco no podría valer más de un tercio de un voto válido) **y signos distintos**.

Así es porque si los $\frac{2}{3}$ de los votos (menos 1) está compuesto de votos nulos y blancos (o de sólo nulos, o sólo blancos), la votación es constitucionalmente válida; lo que significa que basta que la tercera parte (más 1) de la votación sea válida —y, aún, sólo $\frac{2}{3}$ de esta votación válida, (Inc. 2 del Art. 290), es decir, los $\frac{2}{9}$ del total más 1— para que la fuerza o presión negativa de los votos nulos y blancos sea victoriosamente rechazada por la presión positiva de los votos válidos.

233

Como se trata de un sistema de fuerzas o vectores encontrados es evidente que las direcciones o signos de los votos válidos y de los votos nulos y blancos son contrarios.

Por otro lado, en cuanto al valor numérico, habida cuenta del inciso 2° del mismo artículo 290, el valor de un voto válido triplica (y no sólo duplica, según parecería desprenderse del inciso 1o. de este artículo) el valor de un voto nulo o de un voto en blanco, pues un sistema de fuerzas encontradas alcanza el punto de equilibrio cuando las magnitudes de las mismas son iguales.

¿Cómo sumar, entonces, para encontrar un gran total, según lo quiere el artículo 6° de la ley impugnada, los votos válidos con los nulos y blancos cuando se trate de votos de distinto valor numérico y de distinto signo aritmético?

¿«0» ó - 1/3?

La única manera de hacerlo consiste en considerar que si el voto válido vale como 1, cada voto nulo o blanco —de tener algún valor habría, pues de lo contrario serían igual a “0” y el problema habría terminado— valdría como $\frac{1}{3}$; y, además, si el voto válido tiene el signo positivo (pues es ese el que sostiene la elección, pese a la presión aniquiladora de los votos nulos y blancos), éstos, necesariamente, tienen signo negativo, pues son los que hacen presión en el sentido de la nulidad de la elección.

Ahora bien, la suma de cantidades de signos distintos es una resta (la llamada “suma algebraica”), de modo que, si por ejemplo (y esto en estricta aplicación de las reglas constitucionales comentadas) se tuviesen que sumar 5 millones de votos válidos con un millón de votos nulos y/o blancos, habría que hacer lo siguiente:

- 1) Si se asigna el valor de “1” a cada voto válido, asignar el valor de 1/3 a cada voto nulo o blanco.
- 2) Si se le otorga al voto válido el signo positivo, habría que otorgar a los votos nulos y/o blancos, un signo negativo.
- 3) Practicar la suma, ya con los valores numéricos y los signos correspondientes, lo que arrojaría el siguiente resultado:

$$\begin{array}{r} 5'000,000 + \\ - 333,333 \\ \hline 4'666,667 \end{array}$$

El curioso resultado obtenido por las operaciones hechas líneas arriba, demuestra que considera en el cómputo, junto con los votos, los nulos y los blancos, habida cuenta en la regla constitucional del artículo 290 el cociente electoral necesario sería menor y no mayor que el que resultaría en caso de no sumarse los nulos y blancos con los válidos.

234

Esta conclusión, que es la única matemáticamente aceptable (suma algebraica), demuestra que el artículo 6° es inconstitucional, pues es perfectamente sabido que, en la Constitución vigente, se ha querido elevar el cociente del tercio (Constitución del 33') **a más de la mitad de la mitad de los votos válidos y no a menos de la mitad.**

Otras consecuencias matemáticas inaceptables que fluyen de la regla del artículo 6°, son las siguientes:

- a) Que en una elección perfectamente válida, es decir, en que 1/3 más 1 de los votos sean válidos, podría adjudicarse la votación íntegra a un solo candidato, sin que este candidato pudiese acceder a la presidencia. Por ejemplo, imagine-mos un cuadro de 8 millones de electores debidamente registrados; 6 millones de sufragantes que concurren a las ánforas y depositan sus votos; 2/3 partes de éstos (menos 1), o sea, 4 millones de votos (menos 1), entro blancos y nulos; y 2 millones (más 1), o sea, el tercio de la votación (más 1), de votos válidos.

Si ahora, por hipótesis, imaginamos que toda la elección válida se canaliza al mismo candidato, se tendría la situación curiosa de que un candidato con toda

la votación válida a su favor, no podría ser elegido Presidente, porque la mitad de los votos “válidamente emitidos”, si se considera a los nulos y blancos entre los “válidamente emitidos”, sería de 3 millones más 1, y el candidato ganador, pese a haber obtenido toda la votación válida, ¡no tendría, sino 2 millones más 1 de votos!

Parce absurdo suponer que la Constitución considere válido un proceso con 2 millones más 1 de votos válidos y, al mismo tiempo, no permita, siendo perfectamente válido dicho proceso, que un candidato que, por hipótesis, obtiene la totalidad de dicha votación válida, **no pueda acceder a la Presidencia de la República ¡por falta de votos!**

- b) Se complica esta situación si se considera que dicho candidato con toda la votación válida a su favor, no solamente no podría ser elegido Presidente en la primera vuelta, sin que tampoco podría serlo en la segunda, puesto que, por hipótesis, al otorgarle toda la votación válida en la primera vuelta, dejamos inexistente la posibilidad de una segunda mayoría relativa y, por tanto, ¡la imposibilidad de realizar una segunda vuelta!

Los absurdos aritméticos a que nos llevan esta somera reflexión, son todos consecuencia de considerar, como lo hace el artículo 6o. de la Ley impugnada, que los votos nulos y blancos deben incluirse en el cómputo de los votos válidamente emitidos. La hipótesis debe ser, pues, descartada. En efecto, el mencionado artículo 6° tiene el siguiente texto:

“Para los efectos del artículo 203 de la Constitución, se entiende por votos válidamente emitidos, la totalidad de los sufragios computados, incluyendo los que resultaren nulos y en blanco”.

¿“Computados” o “emitidos”?

De otro lado, según su propio tenor,, este artículo 6° considera que todos los votos computados son válidamente emitidos, de donde resulta, **contrario sensu**, que no hay, para este artículo, votos computados que no pertenezcan a la categoría de los “válidamente emitidos”, o sea, que los votos inválidamente emitidos son votos no computados, es decir, inexistentes, pues todo voto existente se computa, **ya que no existe norma alguna que autorice o permita lo contrario**. Ahora bien, como los inexistentes no son votos ni nada, porque, sencillamente, “no son”, ya que no existen, entonces no existiría la categoría de los votos “inválidamente emitidos”, de donde resulta que no se respeta el artículo 203 de la Constitución, según el cual, evidentemente, al lado de los votos, “válidamente emitidos”, tendrían que existir votos “inválidamente emitidos”.

De otro lado, si todos los “computados” son válidamente emitidos”, ¿por qué no dijo la Constitución, sencilla y claramente, que el cociente electoral se determinaría sobre todos los votos “emitidos” o “computados”, que es lo mismo, pues, para saber cuántos son los votos “emitidos” —y, justamente, para ello y sólo para ello— es necesario hacer el cómputo? Por lo tanto, si los votos emitidos, una vez computados, admitieran una subclasificación en “válidamente emitidos” y “no-válidamente emitidos”, necesariamente, una parte del todo debería segregarse para hacer viable la existencia de los no-válidamente emitidos, es decir, que debería segregarse, como no-válidamente emitidos, una parte de los computados. De allí fluye que el artículo 6° glosado no es constitucional, pues no permite dicha segregación o amputación.

Votos “impugnados” y “supernumerarios”

Esta parte del problema es la que se propone resolver el señor representante del Congreso de la República con el argumento de que los votos no válidamente emitidos o inválidamente emitidos son los “impugnados”, y los “supernumerarios” o excedentes (es decir, pensamos, los “no-computados”).

236

Debe tenerse presente que los votos “impugnados”, no son votos; se consideran no emitidos y ni siquiera permiten que se selle la libreta electoral del sufragante ni, por cierto, que se los compute de ningún modo; y, cuanto a los denominados “supernumerarios”, que son los que exceden del número de sufragantes de la respectiva Mesa, hay que decir que también se consideran inexistentes, ya que se destruyen, **sin ser escrutados**, al terminar el simple conteo de las cédulas contenidas en el ánfora Correspondiente, y no se contabilizan ni se toman en consideración para nada.

Estas cédulas, en realidad, no se consideran votos sino tentativas de fraude o contrabando electoral que, detectadas a tiempo —al término del conteo y antes del escrutinio propiamente dicho— son destruidas y no dejan rastro alguno, de conformidad con el artículo 13. de la Ley Electoral vigente, cuyo segundo párrafo dice :

“Artículo 135°...

“Cuando el número de cédulas fuera mayor que el número de sufragantes indicados en el acta de sufragio, el Presidente separará al azar un número de cédulas iguales a las excedentes, las cuales por ningún motivo y en ninguna oportunidad podrán escrutarse y que, sin admitirse reclamo alguno, **serán inmediatamente destruidas**”.

En lo que se refiere al “voto impugnado”, de conformidad con los artículos 123°, 125°, 126° concordantes de la Ley Electoral vigente, como se sabe, se retienen las libretas electorales de los sufragantes y no se cuentan (en el caso de emitirse, pues,

si no se apela de la impugnación, ni siquiera se emiten) los votos correspondientes, sino que ellos se guardan en un sobre especial, encima del cual se escribe la palabra “impugnados”.

En caso de sostenerse la impugnación en el Jurado Departamental y, en su caso, en el Nacional, **el sobre no se abre y el voto se considera inexistente y no se computa para nada** (sólo sirve para cabeza del proceso penal correspondiente). Está visto, pues, que los votos “impugnados” y los “supernumerarios” que, a juicio del señor representante del Congreso, son “inválidamente emitidos”, no son votos “inválidamente emitidos” sino inexistentes y no computados ni computables, de donde se desprende que no pueden ser ni inválidamente ni válidamente emitidos (puesto que se consideran inexistentes como votos, y existentes sólo como tentativas de votos, es decir, como proyectos de fraude electoral detectados a tiempo).

Otra vez el acto jurídico

A las consideraciones anteriores hay que agregar, en lo que se refiere a la teoría del acto jurídico, que los votos impugnados son inexistentes, además, sencillamente por la falta o ausencia de uno de los cuatro requisitos necesarios para la validez o existencia misma de los actos jurídicos: “la persona capaz”.

237

En efecto, los cuatro requisitos esenciales-para la validez de los actos jurídicos son: persona capaz; objeto lícito; forma prescrita o no prohibida por ley; y causa real y lícita.

El voto denominado “impugnado”, es aquél en el que falta el requisito de la persona capaz, porque es el voto que **pretende emitir** quien no tiene capacidad para hacerlo en la correspondiente Mesa (y, tal vez, en ninguna otra). El voto “supernumerario” es el que no satisface el requisito del “objeto lícito”. Según nuestro sistema electoral, nadie puede emitir más de un voto, de donde resulta que todos los votos excedentes son votos prohibidos por la ley, y, por tanto, son votos con objeto ilícito, amén de que, al no corresponder a sufragantes, también acusan el defecto de la falta de “persona capaz”. En realidad, estos proyectos de voto constituyen **delito de tentativa de fraude electoral**, de donde resulta que, por ese ángulo, también tienen objeto claramente ilícito.

No veo bien, entonces, por qué razones —para el señor representante del Congreso— los votos que no satisfacen los requisitos de “persona capaz” y “objeto lícito” (que son los “impugnados” y los “supernumerarios”), han de ser considerados como “inválidamente emitidos”, y aquellos que no satisfacen los requisitos “formales” que la ley también exige para la validez, verbigracia, los nulos y los blancos, sí se han de reputar “válidamente emitidos”. Lógico parece que se considere a los votos que no satisfacen los requisitos de persona capaz y objeto lícito, como inválidamente emitidos —o,

si se quiere, y así ocurre en nuestro sistema, “inexistentes”— y que, por las mismas razones (es decir, las razones de no satisfacer otros requisitos exigidos para la validez del acto jurídico), también se estime “inválidamente emitidos —o, si se prefiriese, jurídicamente inexistentes, de no llegar a los 2/3”— a los que no satisfacen las formas o solemnidades prescritas por ley, vale decir, los nulos y los blancos, pues éstos son, por definición, los que no satisfacen los requisitos formales de ley.

El inciso 5° del artículo 143

A este respecto, recuérdese que el inciso del artículo 143° de la Ley Electoral vigente —a la que se remite, justamente, la ley impugnada— declara nulos a “aquellos emitidos en Cédulas no entregadas por la Mesa o que no lleven la firma y sello del Presidente de ésta, en una de las caras externas de la cédula”. Es claro que una condición formal e indispensable para la validez de los votos —aclaremos, **de la misma emisión del voto**— es el uso de la cédula entregada por el Presidente de la Mesa. Creo que pocos han de pensar que un voto emitido en cédula no entregada por el Presidente de la Mesa es “válidamente emitido”. Este voto, categóricamente calificado por la ley de “nulo”, es inválidamente emitido y lo es por un defecto de forma, es decir, por no usarse la cédula que la ley exige como condición **sine qua non** para la emisión del voto, para la emisión válida del voto, es decir, pues para que te resulte “válidamente emitido”.

238

Los otros cuatro supuestos de nulidad del voto señalados en el glosado artículo 143, son, al igual que el del artículo 5°, casos de insatisfacción de otros tantos requisitos formales que la ley exige, y son análogos y **tienen la misma naturaleza esencial que aquél**.

¿Por qué, entonces, distinguir donde la ley no solamente no distingue, sino donde ella identifica y hasta confunde?

¿Cómo hacerle decir a la Constitución que los votos nulos —o “inexistentes”— si lo son por falta de «persona capaz» y «objeto lícito», sí son “inválidamente emitidos”, y si lo son por incumplimiento de requisitos formales esenciales, que son condición **sine qua non** para la validez del acto, no son “inválidamente emitidos”, sino “válidamente emitidos”? La tesis se antoja tanto menos convincente cuanto que, como se ha visto, los “impugnados” y los “supernumerarios” ni siquiera existen —en nuestro sistema electoral— como votos y, en consecuencia, mal pueden “ser” ni válida ni “inválidamente emitidos”.

Una tal discriminación, ciertamente, no se hace en ningún artículo de la Carta Magna y tampoco se ha hecho, que se sepa, en ninguna ley, ni siquiera en el artículo 6° de la ley impugnada, donde no se menciona, para nada, a los “impugnados” y a los “supernumerarios”, ni menos como si ellos fueran los únicos “inválidamente emitidos”.

Del balance de todo lo expuesto, resulta que el artículo 6° de la Ley, No. 23903, no parece hallarse arreglado a la Constitución, ni tampoco parece resistir un análisis jurídico basado en las pautas generales de la teoría del acto jurídico, respaldada no solamente por la doctrina peruana y la ley positiva peruana, sino por la universal y ecuménica, de un lado; y, de otro, que si no obstante las razones expuestas —atinentes al acto jurídico y a las diversas clases de interpretación (histórica, lógica, gramatical, teleológica y sistemática) — se decidiese siempre hacer un-cómputo de votos válidos con nulos y blancos, el único resultado matemático aceptable y arreglado a las normas constitucionales vigentes, **no sería el de aumentar el cociente electoral por encima del 50% de los votos validos, sino, al contrario, el paradójico, curioso e inexorable, de rebajar, el cociente electoral a cifras inferiores —y, tal vez, notoriamente inferiores, según el caudal de “blancos” y “nulos”— al 50% de la votación valida.**

Escolio: la “expresión de voluntad”

Como el asunto materia de este voto no es uno cualquiera ni tampoco uno importante o muy importante, sino uno de incalculable significación y trascendencia histórica, imposible de sobreestimar, juzgo indispensable agregar —no obstante la ya desusada extensión de este voto—, por lo menos, y para no dejar sin expresar nada de lo que pudiera calificarse de esencial, lo siguiente:

239

Quienes dicen que todo voto (válido, blanco o nulo), debe considerarse en el cociente electoral indicado por el artículo 203 de la Constitución, sólo porque el voto es “expresión de voluntad”, emiten (no sé si sin saberlo o sabiéndolo) un juicio empírico —simplista y, además, curiosamente irrelevante.

En efecto, en primer lugar, decir que el voto es “expresión de voluntad”, es decir o demasiado o muy poco, y no es, claro está, el descubrimiento de la pólvora (pues, en efecto, en todo acto jurídico tiene que haber, por definición, hipótesis o antonomasia, “expresión de voluntad”). En segundo lugar, los actos jurídicos—tal el voto— para su existencia y validez (que suele ser, en el fondo lo mismo) requieren, no sólo de la “expresión, de una voluntad”; sino que, además, deben, según ya se ha indicado, satisfacer otros requisitos esenciales de “capacidad”, “objeto” —que debe ser ilícito y posible—, “forma” y “causa”. De otro lado, hay manifestaciones de voluntad que, lejos de contribuir a la existencia, robustez y/o validez del acto jurídico, **tienen la virtud, justamente contraria, de imposibilitar su nacimiento o de aniquilarlo.**

Para simplificar y clarificar lo, dicho, imaginemos Juna operación elemental de compraventa. Juan vende y Pedro compra. .Muy bien. Si Juan declara (sin que importen la intensidad de su voz y la firmeza de sus modales, ni tampoco/ evidentemente, sus

simpatías ni sus fobias) que vende la Plaza de Armas de Lima o ese hermoso satélite nuestro que se llama la Luna; por más que Pedro ofrezca, por cualesquiera de ellos, cualquier precio, la operación será nula y el acto jurídico inválido e inexistente y, además y por lo mismo, “inválidamente celebrado”. La razón es que, como se sabe, ni la Plaza de Armas ni la Luna son bienes que estén en el comercio de los hombres. Entonces, **la voluntad o expresión de voluntad de vender dichos bienes**, de nada sirve, pues el acto jurídico de la compraventa es nulo (inexistente, en verdad) porque el “objeto” perseguido es imposible, ilícito o prohibido por la ley (en el ejemplo, imposible en el caso de la Luna, y prohibido o ilícito, en el de la Plaza de Armas), sin que importe el registro de la voz, la energía emocional o los quilates de la voluntad del presunto vendedor. Lo mismo ocurre si, pese a la expresión de voluntad de los otorgantes —Juan y Pedro en el caso— siendo por hipótesis, lícito y posible el objeto de, la operación (la compraventa de un automóvil, por ejemplo), no se satisface el requisito de la “capacidad”, o el de la “forma”, o el de la “causa”. Así si se vende una casa, pero Juan es menor de edad, la operación es nula; y si se trata de la hipoteca de la misma casa, y, por hipótesis, se llenan los requisitos de objeto lícito y de capacidad, pero no se otorga la misma por escritura pública, por insatisfacción de requisito formal —la solemnidad de la escritura pública, en el caso— la operación sigue siendo nula y, por cierto “inválidamente celebrada”.

240

Es nulo también el testamento en que se dispone de todo el patrimonio en legados, si ello se hace, por ejemplo, por considerar, equivocadamente, que el heredero universal ha fallecido sin descendientes, puesto que la **causa** del testamento es, en tal caso, falsa.

La declaración de voluntad, **per se**, no sólo no es suficiente —ni con mucho— para dar validez a los actos jurídicos, sino que a veces es suficiente justamente para lo contrario: para privarlo de validez y de existencia.

Lo mismo con el voto

Exactamente ocurre lo mismo con el voto: no basta que haya expresión de voluntad para que sea válido. Para que sea “válidamente emitido”, es menester que, en el proceso de la emisión del mismo, se satisfacen los requisitos que la ley exige como condiciones **sine qua non** para que la emisión sea válida y el producto del acto de la emisión, es decir, el voto, igualmente válido.

De otro lado, la expresión de voluntad que interesa para la consecución de la validez de un acto jurídico cualquiera, no es una simple expresión de voluntad cualquiera, sino que tiene que ser la expresión de voluntad exigida por la naturaleza del acto y enderezada a la producción del efecto que con la realización del acto se pretende.

Por ejemplo: si se trata de la compraventa de una casa, la expresión de voluntad que interesa es la relativa a la cosa que se vende —la casa—, la que tiene que ser perfectamente determinada o determinable, y al precio que se paga, el que también tiene que ser determinado o determinable.

Si Juan declara que vende una casa, sin indicar dónde está situada, ni qué características tiene ni cómo ha de ser identificada, la compraventa es necesariamente nula e “inválidamente celebrada”. Lo es también si, identificada la cosa que se vende el precio no se señala con claridad y no puede ser tampoco determinado. Si intervienen Juan y Pedro en una operación destinada a la de compraventa de un objeto, y ocurre que Juan declara que lo que pretende es alquilar un caballo de carrera o salir de cacería, en lugar de declarar que quiere vender algo determinado en un precio determinado, entonces tampoco existe contrato válido de ningún tipo, pues en la operación destinada a una compraventa, la declaración de voluntad tiene que referirse a la, compraventa y no a otra cosa.

Aplicando este ejemplo al sufragio, es igualmente nulo el voto si en él no se indica por quién se vota en la forma que la ley lo exige, es decir, si no se escoge entre las opciones ofrecidas dentro del marco legal de la cédula correspondiente, pues la naturaleza del acto pide una tal decisión.

241

En efecto, si de lo que se trata es de escoger (porque “votar”, “sufragar”, “elegir” son verbos que significan, los tres, escoger entre ofertas hechas, o apoyar o adherirse, mas no, en caso alguno, verter opiniones impertinentes, ni sostener tesis o posturas políticas que no tienen cabida en el proceso del sufragio mismo, porque el proceso del sufragio no es un **referéndum** ni un plebiscito para que los electores hagan gala de opiniones o teorías sociopolíticas de ningún tipo, ni tampoco para que expresen personales o recónditos deseos o inclinaciones no referidas al proceso del sufragio en marcha), es evidente que cualquier declaración de voluntad que no tenga por objeto la escogencia entre las opciones hechas, es tan impertinente e ineficaz como la declaración de Juan de un hipotético contrato de compraventa, dice que lo que quiere es alquilar un caballo de carrera o irse de cacería.

El acto electoral es, pues, un acto jurídico ordinario que no puede escapar a las reglas generales de lo jurídico y, en esa virtud, la expresión de voluntad no es sino uno de sus elementos, de modo que si no se satisfacen todos los requisitos que la ley exige para su validez, es decir, los de “forma”, los de “capacidad”, de “objeto lícito posible”, de “causa recta o real”, sencillamente nace viciado, es “inválidamente emitido” y no se puede considerarse realizado.

El objeto del sufragio

Finalmente, pensamos que debe tenerse en cuenta que, según se ha indicado, en el párrafo anterior, el sufragio es el mecanismo de que disponen ciertos regímenes políticos —el peruano es uno de ellos— para relevar y renovar periódicamente a las autoridades públicas de cierto nivel (Presidente, congresistas, etc.).

En consecuencia, los sufragantes tienen la obligación —cuando el voto es, como en el Perú, obligatorio— de concurrir a ese relevo de autoridades mediante el voto, el cual, por ello mismo, necesariamente debe señalar, entre los candidatos ofrecidos, a alguno o algunos, según la votación sea por persona o por lista.

Elegir, votar o sufragar son, en efecto, medios de escoger, apoyar, ayudar, o adherirse y, de ningún modo, formas de protestar, de rechazar, de inhibirse, de lanzar discursos o programas irrelevantes al acto electoral, o de abstenerse.

Por lo tanto, quien se abstiene, inhibe, rechaza o hace declaraciones ajenas al objetivo del acto del sufragio, **sencillamente no participa en el proceso**, lo mismo que quien se queda en su casa y no acude a las urnas y, por tanto, la cédula depositada en el ánfora por quien no escoge candidato, no apoya ni se adhiere, vale tanto o tan poco como la de alguien, quedándose en su casa, sencillamente no vota.

242

¿Inconstitucionalidad formal?

Conviene agregar, respecto de la alegación de que la parte demandante (formulada, es cierto, después de contestada la demanda en el sentido de que por una falla en el proceso de la aprobación de la Ley No. 23903, ésta padece de un defecto de “inconstitucionalidad formal”, que efectivamente, **las leyes electorales son leyes orgánicas** y que, en consecuencia, si no se aprobó la presente con la mayoría calificada que se exige para el caso, existiría allí un defecto formal esencial, y la ley sería, por esa segunda razón, inconstitucional. Esta parte del problema constitucional, si bien no ha sido materia del debate, no puede ser ignorada por el Tribunal de Garantías Constitucionales, puesto que, como se sabe, corresponde a los órganos judiciales aplicar el derecho aunque éste no sea invocado por las partes (**jura novit curiae**).

Para salvar esta situación, el Congreso podría, si lo estima a bien, convocar a una legislatura extraordinaria y, al tiempo que restaura formalmente la ley impugnada, atendiendo a las razones expuestas en la demanda, en el alegato de los señores diputados que han interpuesto esta acción y a las demás que pudiera estimar dignas de consideración —incluyendo, si a su juicio ello fuera procedente— alguna de las expuestas en este voto, revisar, en el fondo, la ley impugnada y producir un instrumento legal sustitutorio que esté arreglado a la Constitución, vale decir, que no contenga doble

criterio para las dos vueltas electorales y que no considere como voto “válidamente emitidos” a los que no parecen serlo.

De no producirse la convocatoria a legislatura extraordinaria y la dación de la ley mencionada en el párrafo anterior, podría también ocurrir que, de hacerse el cómputo de los votos, es decir, al sumarse los blancos con los nulos y los válidos, el Jurado Nacional de Elecciones descubra que, como se trata de votos de valores numéricos distintos y de signos aritméticos contrarios (pues así parece desprenderse, según se ha visto, del texto de la Constitución —artículo 290 y concordantes— y la Aritmética, Reina de las Ciencias, no puede lamentablemente hacer concesiones), el resultado sea el de una resta, tal como se ha explicado líneas arriba, en la que los votos válidos funjan de minuendo, y los “nulos” y “blancos” de sustraendo, y, en consecuencia, la “mayoría absoluta” resulte muy inferior —y no muy superior— al 50% de los votos válidos, con lo cual no sólo sería posible llegar a la Presidencia con menos de la mitad de los votos válidos, sino que la Constitución podría salir tan lastimada como con el sistema atacado en la demanda de autos, aunque por razones justamente opuestas.

Entre las cosas importantes que se están quedando en el tintero, hay una —por lo menos una— que debe rebosarlo, pues tiene directa y estrechísima relación con el tema de la paralogización verbal, involuntaria y no querida, que ha originado a mi juicio, este problema de los votos válidamente emitidos”. Nos referimos al hecho de qué **last but not least**, la expresión de “votos válidamente emitidos” no es una exclusividad peruana, pues es empleada tanto por tratadistas como por Constituciones V otros cuerpos legales. En autos obran, al respecto, documentos entregados, con sus respectivos comentarios y escritos, por el doctor Javier Valle Riestra, abogado y representante de la parte demandante, de los que fluye que la expresión es ampliamente utilizada, **urbi et orbi**, como sinónimo de “votos válidos”.

243

Al respecto, es importante señalar —como muestra dos botones— que las Constituciones de Chile y Costa Rica usan la expresión para significar, precisa y justamente, “votos válidos”, es decir, de los emitidos, todos menos los “blancos” y los “nulos”. Véase, pues, cuánta cavilación no se hubiera ahorrado si se hubiese consultado a tiempo el derecho comparado y la doctrina ecuménica. Nos hubiéramos ahorrado, pienso yo, más de una antinomia, aporía y **quid pro quo**, más aparentes, en verdad, que reales, pero, por lo que hemos visto, diabólicamente desconcertantes y obnubilatorios.

“El transplante” del art. 290

Anunciamos, a propósito del argumento del “transplante” del artículo 290, tratado en la parte correspondiente al “Análisis Sistemático”, una pequeña addenda. Hela aquí:

Parece lógico pensar que, al transplantarse, tal cual, el régimen del artículo 290, se ha querido respetar el régimen aritmético—jurídico que de él se desprende, es decir:

- a) Que los nulos y los blancos son, entre sí, idénticos;
- b) Que ambos, nulos y blancos, son diametralmente distintos de los “válidos”;
- c) Que los signos aritméticos de los nulos y los blancos —iguales entre sí— son necesariamente opuestos a los de los válidos, de modo que si el de éstos (los válidos) es positivo, el de aquéllos tiene que ser negativo, pues, de lo contrario, no se explicaría el que los efectos de los dos tipos de votos sean antitéticos, es decir, que mientras los unos tienden a anular el proceso —a hacerlo naufragar— los otros tiendan a sostenerlo y reflotarlo;
- d) Que, proporcionalmente, los nulos y los blancos, en caso de alcanzar algún valor numérico, sólo podrían valer $1/3$ —aunque con signo contrario— de lo que valen los “válidos”.
- e) Que, en consecuencia, de sumarse nulos, blancos y válidos, tendría que operarse una resta mixta, en que el minuendo sería un entero y el sustraendo un quebrado; y
- f) Que, al igual que en el régimen que enmarcó a la constitución Precedente —la del 33’—, los nulos y los blancos no pueden tenerse en cuenta —dentro del marco jurídico de la presente Carta Magna— para la determinación del cociente electoral.

244

Si, en efecto, el Constituyente no hubiera querido proyectar el mismo régimen jurídico-matemático que rigió —como consecuencia del dispositivo homólogo del comentado artículo 290— sobre la Constitución actual, habría tenido que optar por una de dos cosas: o no transplantar, simplemente, la regla susodicha, o aclarar, al hacerlo —pero aclararlo en forma expresa—, que el injerto quedaba limitados a ciertos efectos y fines, pero que no tenía el propósito de hacerle desplegar a la regla toda su potencialidad o energía matemático-legal.

Ahora bien, el Constituyente no hizo lo uno ni lo otro, sino que, antes bien, operó un trasplante literal y redondo. Por tanto, hay que pensar que el injerto es pleno, integral y que, por ello, reverbera y repercute hasta últimos confines del correspondiente régimen matemático-jurídico, es decir que, entre otras cosas, los nulos y los blancos no deben tomarse en cuenta en el computo del cociente electoral, pues así ocurría, para repetirlo, en el marco de referencia de la Constitución de 1933.

No debe olvidarse, dentro de este análisis matemático, que si $2/3$ de votos “nulos” o “blancos” pueden anular la elección, es evidente que los votos nulos o blancos, no

sólo son idénticos entre sí, negativos y distintos, radicalmente, de los válidos, sino que, por ser, los unos respecto de los otros, homogéneos y de la misma magnitud, **pueden perfectamente** sumarse. Entonces, si $2/3$ anulan, y $2/3$ son la suma de todos los que haya, cada votito hace lo suyo: una pequeña labor de erosión, una “yaya”. Esto demuestra que, aisladamente considerados, aun sin llegar a los dos tercios, su función es negativa, aunque microscópica. Pues en efecto, el llamado “salto cualitativo”, discutido en la alta filosofía, no puede tener cabida en una humilde suma de votos. Por eso, si $2/3$ anulan, las cantidades inferiores constituyen una amenaza de anulación, son virtualmente “nulificadoras” y, por ello, de ningún modo validantes, es decir, jamás votos de signo positivo, válidos o, por ello, “válidamente emitidos”. Admitir lo contrario es sostener, contra toda lógica, las reglas de la matemática y el sentido común que, por debajo de los $2/3$, los “blancos” y los “nulos” validan la elección y valen tanto como los válidos, pero que, llegados a esa proporción, cambian de coeficiente y de signo, ya no valen como uno, sino como $1/3$ y, además son negativos. ¡Vaya salto cualitativo! ¿Puede esto, realmente aceptarse? Y si no, si se rechaza por absurdas, estas conclusiones, ¿no habrá que rechazar, igualmente las premisas? Parece que sí: luego, los votos “nulos” y los “blancos” sólo pueden tener, cualquiera que sea su proporción —de tener alguno— valor negativo. En su defecto, según se dijo en otro sitio, tendrán que ser equivalentes al “0” matemático, cosa que, de paso, explicaría la regla del artículo 290 de la Carta Magna, mas ya no por el peso negativo de los “nulos” y los “blancos” —que, por hipótesis, no valdrían nada, sino “0”—, sino porque, entonces, al llegar éstos a los $2/3$, los válidos, que serían —por la misma hipótesis— los únicos “validantes”, tendrían, forzosamente, que llegar al tercio. Sólo habría que ajustar la regla diciendo que, para la validez de la elección se requieren votos válidos que representen un tercio + 1 de la elección, y no sólo un tercio, que sería, en la hipótesis, el saldo utilizable. En verdad la única explicación plenamente satisfactoria del artículo 290 es que con menos de $1/3$ —olvidemos el “ ± 1 ”— de válidos (salvo en el caso de su segundo párrafo, según el cual —ya lo hemos visto—, bastarían $2/9$) la elección no es válida. Como consecuencia de esto (la insuficiencia de votos válidos) —que sería, pues, en verdad, la única causa de la nulidad de la elección— si los “no válidos” (nulos y/o blancos) llegan a los dos tercios (olvidemos, otra vez, el “ ± 1 ”), la elección no será válida, pero no por razón del volumen de los blancos y los nulos que por hipótesis nada valdrían, sino por la escasez —insuficiencia— de los válidos, que serían los únicos significativos y, además, validantes.

Recordamos, de paso, que esta curiosa regla —la de los tercios— está profundamente arraigada en el sistema de la proporción o cociente electoral antiguo, que era, como se recordará, justamente de un tercio y, por ello, parece sólo señalar que no son ni los nulos ni los blancos los que invalidan —pues, en dicho régimen, éstos no tenían va-

lor— sino que los “válidos” los que se necesitan —cualquiera que sea el caudal de los nulos y los blancos— para validar, lo que ocurre sólo cuando dichos válidos alcancen un determinado mínimo (1/3, olvidando el “±1”, o, en la otra hipótesis —2° párrafo del artículo 290—, sólo 2/9).

AGUIRRE ROCA

Lo que certifico:

Manuel Visalot Chávez.

Secretario-Relator.

**FUNDAMENTOS DEL VOTO DEL MAGISTRADO
DOCTOR LUIS OSORES VILLACORTA EN LA ACCIÓN DE
INCONSTITUCIONALIDAD DEL PRIMER PÁRRAFO DEL
ARTÍCULO SEXTO DE LA LEY 23903**

CONSIDERANDO:

Por los fundamentos pertinentes del voto del Magistrado doctor Nicanor Silva Salgado, y en atención, además: a que es necesario pronunciarse sobre el verdadero sentido y los alcances de la primera parte del artículo 203° de la Constitución Política vigente, teniendo en cuenta no sólo su génesis y sus antecedentes históricos, sino el espíritu que la anima considerada como un cuerpo orgánico integral y coherente, y su aplicabilidad en las actuales circunstancias;

Que es preciso también tener presente la tradición nacional desde el siglo XIX y primer tercio del actual según la que las elecciones políticas se decidían por mayoría absoluta de votos, o sea de la mitad más uno del total de electores y en las que la distinción de sufragios nulos y en blanco carecía de objeto por el sistema electoral imperante;

Que la Carta Política de 1933 constitucionaliza el voto secreto y obligatorio y mediante su artículo 138° consagra la figura del **voto válido** para la proclamación del Presidente de la República por el Jurado Nacional de Elecciones;

247

Que en la presente Constitución se introduce la de los **votos válidamente emitidos**, al establecerse por el artículo 203°: “El Presidente de la República es elegido por sufragio directo y por más de la mitad de los votos **válidamente emitidos**”; Que por tanto, es preciso analizar debidamente el verdadero sentido de este instituto electoral dentro del contexto del articulado de la actual Constitución Política del Estado y/asimismo, la génesis de esta innovación;

Que para ello se debe analizar coherentemente los contornos de las figuras “voto válido”, “voto emitido” y “votación nacional válida”;

Que es muy importante conocer los motivos que inspiraron la aprobación simultánea de la primera parte del artículo doscientos tres de dicha Carta y su tercera disposición transitoria;

Que de la comparación de dichos dos dispositivos legales destinados a aplicarse en dos épocas distintas, resulta significativo observar que según dicha Disposición, en el proceso electoral de 1979-80, el Presidente de la República debe ser elegido si obtiene la votación más alta no inferir al total de **votos válidos**, mientras que conforme dicho

numeral 203, el Presidente es elegido por sufragio directo y por más de la mitad de los votos **válidamente emitidos**;

Que, por otra parte, del examen de los artículos 290° y 292°, de la misma Carta resulta que no aparece la mencionada frase, en ninguno de ellos, “válidamente emitidos” y sí, las expresiones “sufragio emitidos”, “votos emitidos” y “votación nacional válida”;

Que, en consecuencia resulta necesario analizar los alcances de tales expresiones no sólo en sentido semántico, sino conforme a la intención que tuvo el legislador constituyente al dictarlas;

Que, para esto último, es evidente que la primera parte del artículo 203° fue elaborada con posterioridad a la aprobación del texto del cuerpo principal del proyecto de la Constitución en: momentos en que estaban en discusión sus Disposiciones Generales y Transitorias, lo que demuestra que la primera parte del artículo 203° fue fruto de una negociación de contornos de política inmediata o de mediano plazo;

Que, por otro lado, las expresiones “voto válido” y “votación nacional válida” concuerdan con el cuerpo general de la legislación de la materia, mientras que la frase “votos válidamente emitidos” puede entenderse aplicable tan sólo en lo relativo a la emisión del voto, lo que explica que pueden resultar en el escrutinio votos nulos y votos en blanco;

248

Que por tanto, para la proclamación de candidatos sólo tiene que tenerse en cuenta los votos válidos, los que en cuanto a la elección presidencial deben alcanzar más del 50% de los votos válidamente emitidos;

El Magistrado que suscribe entiende que esta interpretación recoge el espíritu de la Constitución del Estado y se inclina a ella teniendo en cuenta que es de interés nacional que exista un amplio respaldo popular para la elección presidencial, que en la primera vuelta puede ser de una débil mayoría relativa, mayormente en atención a las circunstancias siguientes:

- a) las mayores y trascendentales facultades concedidas al Presidente de la República por la actual Constitución;
- b) la profunda crisis económica que aflige al país por causas principalmente de origen externo, agravadas por las consecuencias de trastornos de origen telúrico y el azote del terrorismo y la agitación política;
- c) que todo ello demanda una adecuada concertación de opiniones y concentración de esfuerzos a nivel nacional para fortalecer la acción del Gobierno y garantizar en lo posible la paz pública;

Que, de otro lado, hay que considerar que dentro del electorado hay una apreciable cantidad de analfabetos y de ciudadanos de precaria condición económica o de condiciones físicas disminuidas, lo que facilita que se realicen, involuntariamente o no, actos que vician el voto;

Que, aunque estas consideraciones parecen ajenas a la función de un magistrado de este Tribunal que es órgano de control de la Constitución, cuyas resoluciones no debe expedirlas como «si fuese legislador, porque su misión es la constitución imparcialmente conforme a las reglas de la sana crítica, tiene presente, sin embargo, su deber supremo de emitir su opinión sin cálculo político alguno teniendo en mira sólo el bien público, porque ése es el propósito de la Constitución Política del Estado;

Por estas consideraciones: mi Voto es porque se declare infundada la acción de inconstitucionalidad deducida contra el primer párrafo del artículo sexto de la ley 23903.

OSORES VILLACORTA

Lo que certifico:

Manuel Visalot Chávez.

Secretario-Relator.

Expediente 004-84-I/TGC

Proceso de inconstitucionalidad interpuesto por 22 senadores contra los artículos 10, párrafo segundo, 11, 12 y 20 de la Ley 23903. El Tribunal emitió un pronunciamiento.

Fecha de emisión: 19 de febrero de 1985

Resumen: La presente sentencia cuestionó la Ley 23903, en sus artículos 10, segundo, 11, 12 y 20. La sentencia recoge los argumentos de los demandantes. Esta expresó que, según ellos, el voto preferencial discriminaba a los analfabetos, quienes, para esa época, recientemente se incorporaron a las elecciones como votantes. Sin embargo, no podían realizar la lectura del número. Y, por ello, afirmaron los demandantes que esto “propicia rivalidades personales entre los candidatos de una misma lista”. El argumento de la demanda en el fondo persiguió que la ley reconociera a los partidos políticos el derecho de seleccionar los candidatos y, a través de esa selección, imponerlos a los electores, cuando es ese precisamente el derecho que correspondía a los ciudadanos y solo en ese supuesto puede decirse que el poder emana del pueblo.

El Tribunal señaló que, el voto preferencial no suponía una dificultad imposible de superar para el lector analfabeto, pues si la grafía consiste en la X o el dibujo cruz; entonces, le resultaba posible también dibujar o escribir un símbolo simple como es un número. Asimismo, afirmaron que, es posible, en cambio, que el voto preferencial conspirase “contra la organización interna de los partidos” y la solidaridad recíproca de sus candidatos. Ese hecho, empero, no hacía inconstitucional el voto preferencial, simplemente demostraba su inconveniencia a la ausencia de madurez en las instituciones partidarias o en los candidatos.

Efectuada la votación, se obtuvo el siguiente resultado: los magistrados Eguren Bresani, Basombrio Porras, Silva Salgado, Peláez Bazán y Aguirre Roca, votaron a favor de la inconstitucionalidad de los artículos 10, segundo párrafo, 11, 12 y 20 de la Ley 23933. Los magistrados Rodríguez Mantilla, Corso Masías y Osoreo Villacorta, vota-

ron en el sentido de que la demanda es infundada en todas sus partes, esto es que los artículos en cuestión no son inconstitucionales.

Temas clave: Democracia — derecho al voto — elección parlamentaria — partidos políticos — representación — voto preferencial.

TRIBUNAL DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

**ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD INTERPUESTA POR
UNA SEÑORA SENADORA Y VEINTIÚN SEÑORES SENADORES
CON EL FIN DE QUE SE DECLAREN INCONSTITUCIONALES
LOS ARTÍCULOS DÉCIMO SEGUNDO PÁRRAFO; UNDÉCIMO,
DUODÉCIMO Y VIGÉSIMO DE LA LEY 23903**

Lima, 19 de Febrero de 1985

VISTOS: resulta de autos, que con escrito de fecha doce de noviembre de mil novecientos ochenticuatro, recibido en Mesa de Partes el día diecinueve de noviembre del mismo año, el Señor Senador Ernesto Alayza Grundy, otros veinte Señores Senadores y una Señora Senadora, interponen acción ante el Tribunal de Garantías Constitucionales, para que declare inconstitucionales los artículos Décimo, Segundo Párrafo; Undécimo, Duodécimo y Vigésimo de la Ley veintitrés mil novecientos tres, que a la letra dicen:

Artículo Décimo.- Segundo párrafo: “La elección de Senadores y Diputados, se hace con voto preferencial opcional”.

253

Artículo Undécimo.- “El acta de escrutinio contiene el número de votos emitidos, el número de votos obtenidos por cada lista, así como los votos preferenciales obtenidos por cada candidato a Senador o a Diputado”.

Artículo Duodécimo.- “Los cómputos se hacen sobre el número de votos preferenciales obtenidos por cada candidato a Senador o a Diputado”.

“Los resultados del cómputo de votos preferenciales se agrupan de mayor a menor. En el caso que dos o más candidatos a Senador o Diputado obtuvieren el mismo número de votos preferencial, el orden se decide por sorteo”.

“Los candidatos sin votos preferenciales se ubican después del que tenga la menor votación preferencial, siguiendo el orden de la inscripción”.

“El orden así establecido rige para la proclamación con arreglo al procedimiento a que se refieren los artículos cincuentiséis y cincuentisiete del Decreto Ley catorce mil doscientos cincuenta, modificado por los artículos vigésimo primero y vigésimo segundo, respectivamente, del Decreto ley veintidós mil seiscientos cincuentidós”.

Artículo Vigésimo.- “Adiciónase al artículo ciento seis del Decreto Ley catorce mil doscientos cincuenta, modificado por el artículo sesentidós del

decreto Ley veintidós mil seiscientos cincuentidós, el párrafo siguiente:

“En las secciones de la cédula de sufragio correspondientes a Senadores y Diputados figurará, además, dos cuadriláteros en los cuales el lector anotará los números que corresponda en la lista respectiva a los candidatos a Senadores o Diputados de su preferencia”.

“El voto de preferencia es opcional y el elector puede votar por uno o por dos de los candidatos. La no emisión del voto preferencial, o el error que se cometa al marcarlo no anula el voto, pero sí la preferencia”.

Aduce la demanda, como fundamentos de hecho:

Que, sólo se utilizó el voto preferencial para la elección de la Asamblea Constituyente de mil novecientos setentiocho, con una marca preferencial única en distrito nacional, y para la elección de cien asambleístas; en aquella época, no votaban los analfabetos y las listas partidarias se diferenciaban mediante letras y los candidatos de ellas mediante números.

La Carta Política de mil novecientos setentinueve, en la quinta de las “Disposiciones Generales y Transitorias”, dispuso que la elección de Senadores para el proceso electoral de mil novecientos setentinueve-mil novecientos ochenta, se haría “por el sistema de cifra repartidora, sin voto preferencial y siguiéndose el orden de la lista (inc. 2) e igualmente para la elección de Diputados (inc. 4); que, el sufragio igual o único se expresa en la fórmula un voto, un hombre. Todo ciudadano que tiene el derecho de voto lo ejercita en las mismas condiciones y en la misma medida que los demás electores. El voto preferencial, por tanto, en los hechos discriminaría a los analfabetos que, de ninguna manera podrían ejercerlo. La participación de los analfabetos en igualdad de condiciones, requiere la adopción de métodos formales que puedan subsanar el desconocimiento de lectura y escritura del votante; y que, generalmente, son los colores y símbolos de asimilación uniforme, clara y sencilla. El voto preferencial, implica que, el elector para anotar en los cuadriláteros los candidatos de su preferencia, debe leer los nombres de todos ellos y los números que les corresponden y luego escribir en los cuadriláteros los de su preferencia; lo que conlleva la existencia de dos clases de electores, los letrados que pueden utilizarlos y los analfabetos que no lo pueden hacer; que el carácter opcional del voto preferencial origina una mayor desigualdad, ya que el elector que lo usa, disfruta de un voto plural y un voto acumulativo y en todo caso de un “doble voto simultáneo”, pues el elector que ejercita el voto preferencial tiene tantos votos adicionales cuantas marcas haga, o sea un total de tres votos para Senadores y tres para Diputados, es decir varios votos contenidos en la misma cédula. La limitación a un sector del electorado es pasible de nulidad como expresamente lo

declara el artículo sesenticuatro, segundo párrafo de la Carta Política, cuando declara que “es nulo y punible todo acto por el cual se prohíbe o limita al ciudadano a intervenir en la vida política de la Nación”; que, el voto preferencial es inconstitucional, porque de la misma Constitución se infiere que el pensamiento de los legisladores contra ese sistema quedó claramente definido; que, el voto preferencial, también colisiona con la Constitución al limitar a los partidos su plena intervención en el proceso electoral, por cuanto los partidos “concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular” y “son instrumento fundamental para la participación política de la ciudadanía”. El voto preferencial no sólo limita a los partidos en cuanto al orden de prelación sino conspira contra su organización interna y las normas de elección de sus candidatos, propiciando las rivalidades personales y el surgimiento de tendencias discrepantes. La lucha electoral adquiere así una nueva y peligrosa dimensión: el adversario político no es el único rival, también pasan los correligionarios que integran las listas del propio partido; que, el voto preferencial, origina una complejidad tanto para el elector analfabeto como para el letrado, y para los miembros de las mesas de sufragio. Dicha complejidad conlleva el riesgo de prolongar indebidamente el proceso electoral y dar margen a un sustancial aumento del número de nulidades de votos y de actas. El acto de votación se ha cumplido enormemente, cuando el elector ya estaba acostumbrado a escoger la lista de su simpatía y depositarla en el ánfora. El voto preferencial demanda un complicado número de escrutinios, las mesas receptoras de sufragios y de los personeros se prolongará muchas horas más de las previstas por el Jurado Nacional de Elecciones.

Como fundamento de derecho, la parte demandante invoca los artículos 60º, 64º, 65º, 3er. y 4to. párrafo; 69º, 175º; 296º; 298º; inc. 1); 299º, inc. 5); 301º y 302º de la Constitución; artículos 19º, inc. 1); 20º, inc. 1); 22º, inc. 2); 25º; 26º, 2do párrafo; y del 27º al 33º de la Ley Orgánica del Tribunal; y variada doctrina socio-política-constitucional, incluyendo la legislación comparada.

Que con fecha veinte de noviembre de mil novecientos ochenticuatro se reunió el Pleno Jurisdiccional con asistencia de los señores Eguren Bresani, Presidente; Basombrio Porras, Vicepresidente; Silva Salgado, Corso Masías, Peláez Bazán, Rodríguez Mantilla, Aguirre Roca y Osoreo Villacorta y tras haber deliberado en privado, declaró, por unanimidad, admisible la acción, por haberse observado en la demanda, las disposiciones legales que establece la Constitución y la Ley Orgánica del Tribunal; y en cumplimiento de lo prescrito en el artículo treintiuno de la ley citada se corrió traslado de la demanda al Señor Presidente del Congreso de la República, para su conocimiento y formulación del alegato correspondiente.

Que, el representante señor doctor Valentín Paniagua Corazao como apoderado del Congreso del Perú, contesta la demanda negándola en todas sus partes y por escrito de fojas veintisiete la fundamenta, en las siguientes razones:

1. La Constitución nació obedeciendo a la decisión de “fundar un estado democrático basado en la voluntad popular y en su libre y periódica consulta”.
2. Consagra como derecho fundamental de la persona, el de participar en forma individual o asociada en la vida política de la Nación.
3. Consagra el fin fundamental sin el que la democracia no existe y, es el de que el poder emane verdaderamente del pueblo.

La Constitución ha elegido pues la democracia representativa con participación popular, reflejando matemáticamente la composición del cuerpo electoral y preservando, con justicia el derecho de las minorías; toda norma que aleje el poder de manos del pueblo está reñida con el espíritu de la Constitución. El voto preferencial, en este contexto responde cabalmente a la más genuina y auténtica voluntad de la Constitución. Permite que, cada ciudadano, bajo la orientación de los Partidos y de los grupos no partidarios, califique parcialmente el mérito de quienes han de representarlo.

256

Que, la Constitución, dejó en manos del legislador establecer el Sistema con arreglo al cual debe dársele vida y aplicación; el artículo septuagésimo quinto ha dado pleno y absoluto arbitrio al legislador para escoger “cualesquiera” de los sistemas ideados o aplicados, en el mundo para hacer posible la representación proporcional: “conforme al sistema que establezca la Ley”. La ley, pues, puede optar hoy o en el futuro, por uno de estos sistemas” que admiten la doctrina y la legislación comparada.

Con tal plena libertad, el legislador optó en la Ley veintitrés mil novecientos tres el sistema del divisor común o de la cifra repartidora, completando el sistema con el voto preferencial y con ello ha admitido íntegramente el modelo original o clásico, ideado por D’Hondt y aplicado en Bélgica por virtud de la Ley del veintiocho de diciembre de mil ochocientos noventinueve.

El legislador no puede haber violado, pues, la Constitución. La ha cumplido dentro del límite que dejó a su arbitrio la Constitución.

Que sin embargo, tal libertad está sujeta a algunos límites, unos derivan de la propia naturaleza de la representación proporcional, como los técnicos y otros son constitucionales.

Los límites técnicos son dos:

1. Asegurar matemáticamente, la participación de las fuerzas (partidarias o no) que constituyen el cuerpo electoral en los Órganos representativos.
2. Escrutinio de lista, para permitir que esas fuerzas puedan expresarse, claramente, en toda elección pluripersonal.

Los límites constitucionales están constituidos por ciertas normas que hacen relación con la aplicación del sistema:

1. El Artículo septuagésimo noveno que reconoce a los Partidos políticos el derecho de postular candidatos.
2. El Artículo ciento setentacinco que preceptúa que las vacantes que se produzcan en las Cámaras, se cubren con los suplentes que aparezcan en las listas respectivas, permitiendo conservar la proporción que cada partido o agrupación no partidaria posee en el órgano representativo.

Que en nuestra democracia representativa vive la voluntad de permitir la más amplia participación popular. Uno de los graves defectos de la representación proporcional radica en que el ciudadano es privado de su derecho de “elegir” verdaderamente a sus representantes, otro defecto es el monopolio que adquieren los Partidos Políticos en el que hacer público privando a los ciudadanos sin filiación política, del derecho que la Constitución les reconoce.

257

La cifra repartidora con voto preferencial fue ideada y es aplicada precisamente con el propósito de corregir esos vicios.

Que, la representación proporcional implica el escrutinio de lista, el voto preferencial no altera en lo absoluto la concurrencia de listas o de partidos, tampoco impide que el elector señale su preferencia por “determinada colectividad política”; al contrario, el elector puede “escoger dentro de la lista sólo dos candidatos” para hacerlo objeto de su preferencia.

Es importante anotar, que Duguit (defensor apasionado de la representación proporcional) no sólo no es adversario sino que exalta el voto preferencial. Lo hace en su tratado de Derecho Constitucional.

Que la evolución de los sistemas electorales en el mundo, se orienta a atenuar el rigor de los métodos del sistema proporcional que bloquea las listas; de esta manera, **se ampara el derecho del elector a participar verdaderamente**, en la selección de los candidatos en la lista por la que vota.

El voto preferencial, reconociendo el escrutinio de lista, simplemente puede alterar el orden de precedencia de los candidatos dentro de su misma lista, de modo que la proporcionalidad lograda por los Partidos en las Cámaras no se altera.

Que, el Artículo ciento setentecinco de la Constitución al aludir a la Lista lo hace sin distinciones, es justamente el legislador quien al establecer el sistema le añade el adjetivo de abierta, bloquea o cerrada.

Que, los demandantes confunden deliberadamente dos diferentes instituciones a saber:

- a) el sufragio o voto propiamente dicho y
- b) la “preferencia de candidatos” o voto preferencial.

El voto propiamente dicho, por ser un deber constitucional, es obligatorio, si dejara de serlo resultaría inconstitucional; en cambio, el voto preferencial no afecta la “obligatoriedad” del sufragio o del voto propiamente dicho; por su naturaleza, es un derecho subjetivo, cuyo ejercicio está librado al arbitrio del ciudadano, es una institución político-electoral, por esa razón “no está regulada” en la Constitución y por ello mismo es opcional.

258

Si el voto preferencial fuera una institución semejante al voto propiamente dicho, no podría ser opcional. Debería ser obligatorio. De otro lado, el voto preferencial difiere sustancialmente de la preferencia de candidatos en cuanto a las consecuencias jurídicas de su ejercicio o no; mientras el voto tiene consecuencias políticas, jurídicos, constitucionales y civiles, el ejercicio o no de la preferencia no afecta a la vida del Estado ni tiene relación con el título de quienes ejercen funciones públicos; siendo opcional, su no ejercicio es indiferente a la ley, no puede acarrear sanción alguna.

Que, cuando la Constitución habla de voto igual, ciertamente se refiere de modo especial a ese voto propiamente dicho por la trascendencia que posee. El sufragio igual se expresa en la fórmula, un hombre, un voto, todo individuo que tiene derecho de voto lo posee en las mismas condiciones y en la misma medida que los demás electores.

Para demostrar que, con la ley impugnada no hay desigualdad, y que nadie adquiere más votos ni hay votos que pesen más que otros, basta analizar la relación de la ley y el sufragio de candidatos.

Que los votos de todos los electores (hagan uso o no de la preferencia) valen exacta y matemáticamente. Se cuentan al margen y con prescindencia de sus preferencias o votos preferenciales, los que se computarán, por separado, y sólo a favor de los candidatos favorecidos, pero no de las listas.

Que el voto preferencial no introduce en nuestra legislación el voto plural, pues el sufragio plural asigna al elector más de un voto, por consideraciones de familia, contribuciones, propiedad, título, etc. Tampoco se puede decir que el voto preferencial importa un sufragio múltiple, porque éste permite a un elector votar en más de una circunscripción electoral en virtud de títulos diferentes.

Que, el voto preferencial no supone una dificultad imposible de superar para el elector analfabeto, pues si la grafía en que consiste la X ó el dibujo de la cruz, son posibles para él, le es posible también dibujar o escribir un símbolo simple como es un número.

Que, no obstante la vigencia de la Ley veintitrés mil novecientos tres los Partidos pueden organizarse, inscribirse en el Jurado Nacional de Elecciones y postular candidatos, conforme lo dispone el artículo sesentiocho de la Constitución. La Constitución no reconoce a los Partidos el derecho exclusivo de seleccionar candidatos, es derecho de ellos y también de cualquier agrupación no partidaria.

El argumento de la demanda, en el fondo persigue que la ley reconozca a los Partidos el derecho de seleccionar los candidatos y a través de esa selección **IMPONERLOS** a los electores, cuando es ese precisamente el derecho que corresponde a los ciudadanos y sólo en ese supuesto puede decirse que el poder emana del pueblo.

259

Que es posible en cambio, que el voto preferencial conspire “contra la organización interna de los partidos” y la solidaridad recíproca de sus candidatos. Ese hecho, empero, no hace constitucional el voto preferencial, simplemente demuestra su inconveniencia a la ausencia de madurez en las instituciones partidarias o en los candidatos.

Finalmente, la complejidad de los escrutinios o del propio proceso electoral no es fundamento para impugnar la constitucionalidad de una ley.

Que estando el estado del procedimiento, se señaló para la vista de la causa el día quince de enero del presente año; que reunido el Pleno Jurisdiccional con asistencia de los señores magistrados Eguren Bresani, Presidente; Carlos Basombrio, Vicepresidente; Silva Salgado, Peláez Bazán, Rodríguez Mantilla, Aguirre Roca y Osoreo Villacorta, se vió la causa en audiencia pública, informando por la parte demandante el señor Diputado Roberto Ramírez del Villar y por la demandada el señor Diputado doctor Valentín Paniagua Corazao, quedando la causa al voto; Que debatidos en sesiones privadas los fundamentos aducidos por los interesados, tanto en sus escritos de demanda como de contestación así como los argüidos posteriormente durante el proceso, y los de los propios de los señores magistrados; encontrándose los miembros del Tribunal en aptitud de emitir su voto, el señor Presidente citó a sesión de Pleno Jurisdiccional, a realizarse el día doce de los corrientes a las tres de la tarde, habiendo

concurrido los señores Eguren Bresani, Basombrio Porras, Silva Salgado, Corso Masías, Peláez Bazán, Rodríguez Mantilla, Aguirre Roca y Osores Villacorta; que al momento de efectuarse la votación el Magistrado doctor Luis Osores Villacorta solicitó su postergación aduciendo que, debido a una enfermedad en la vista que lo aquejaba, y estando en tratamiento, solicitaba se postergase el acto por unos días conforme al certificado médico que acompaña.

Después de un cambio de opiniones entre los señores Magistrado se accedió al aplazamiento solicitado, señalando el señor Presidente el día dieciocho de los corrientes a las diez de la mañana para la sesión Pleno Jurisdiccional; y en atención a que el tratamiento que recibía el doctor Osores era en la ciudad de Lima, se acordó por unanimidad, haciendo uso de la facultad que le concede al Tribunal el artículo trescientos cuatro de la Constitución Política, que dicha sesión se efectuara en la Capital de la República.

Reunidos el día dieciocho de febrero, en el local del Tribunal en esta ciudad, los señores Eguren Bresani, Presidente; Basombrio Porras, Vicepresidente; Silva Salgado, Corso Masías, Peláez Bazán, Rodríguez Mantilla, Aguirre Roca y Osores Villacorta; y abierta la sesión, el señor Presidente expresó que se iba a someter a votación la acción interpuesta por veinte señores senadores para que se declare inconstitucionales los artículos undécimo, segundo párrafo; décimo primero, decimosegundo y vigésimo de la Ley veintitrés mil novecientos tres, cuyo» texto está transcrito líneas arriba.

260

Efectuada la votación so obtuvo el siguiente resultado: Los señores Eguren Bresani, Basombrio Porras, Silva Salgado, Peláez Bazán y Aguirre Roca, votaron en el sentido de que, la demanda era fundada en todas sus partes, es decir que son inconstitucionales los artículos undécimo, segundo párrafo, décimo primero, décimo segundo y vigésimo de la Ley veintitrés mil novecientos tres.

Los señores Rodríguez Mantilla, Corso Masías y Osores Villacorta, votaron en el sentido de que la demanda es infundada en todas sus partes, esto es que los artículos décimo, segundo párrafo, décimo primero, décimo segundo y vigésimo de la Ley veintitrés mil novecientos tres, no son inconstitucionales.

Visto el resultado de la votación y estando a lo prescrito en el artículo octavo de la Ley Orgánica del Tribunal número veintitrés mil trescientos ochenticinco, que dispone que para obtener resolución en las acciones de inconstitucionalidad se requiere de seis votos conformes; no habiéndose obtenido este número en la indicada votación, los artículos undécimo, segundo párrafo, décimo primero, décimo segundo y vigésimo de la Ley veintitrés mil novecientos tres conservan su vigencia; y los accionantes su derecho a replantear la demanda.

Agréguese como parte integrante de lo actuado, los fundamentos de los votos de los señores Magistrados intervinientes.

Regístrese; comuníquese y archívese.

EGUREN BRESANI
BASOMBRIO PORRAS
SILVA SALGADO
CORSO MASIAS
PELAEZ BAZAN
RODRIGUEZ MANTILLA
AGUIRRE ROCA
OSORES VILLACORTA

Se publicó conforme a ley:

Lo que certifico:

Manuel Visalot Chávez.
Secretario – Relator.

**FUNDAMENTOS DEL VOTO DE LOS SEÑORES
EGUREN BRESANI, SILVA SALGADO EN LA ACCIÓN DE
INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS DÉCIMO,
UNDÉCIMO, DUODÉCIMO Y VIGÉSIMO DE LA LEY VEINTITRÉS
MIL NOVECIENTOS TRES**

Considerando: Que el artículo sesenticinco, penúltimo párrafo, de la Constitución Política declara que: “El voto es personal, igual, libre, secreto y obligatorio”, declaración que repite, literalmente, el artículo quinto del Decreto Ley catorce mil doscientos cincuenta, modificado por el Decreto Ley veintidós mil seiscientos cincuentidós; y de conformidad con tal declaración constitucional el artículo ciento veinte del primero, modificado por el artículo sesenticinco del segundo, dispone que: “El voto sólo podrá ser emitido por el mismo elector. Los miembros de la Mesa y los personeros cuidarán que los electores lleguen a la Mesa sin que nadie los acompañe, salvo en el caso de los invidentes, que podrán ser acompañados a la cámara secreta por una persona de su confianza”. La derogada Constitución de mil novecientos treintitrés, en su artículo ochentiséis, modificado por la ley doce mil trescientos noventiuno, declaró que gozaban del derecho de sufragio los ciudadanos que supiesen leer y escribir, por lo que la incorporación de los analfabetos al cuerpo electoral del país se ha producido en virtud del artículo sesenticinco, párrafo segundo, de la vigente Constitución de mil novecientos setentinueve. Según las cifras que ha dado el señor apoderado del Congreso a este Tribunal, los analfabetos del país representaron en el proceso electoral municipal de noviembre de mil novecientos ochenta el doce punto noventicuatro por ciento del cuerpo electoral, sumando entonces ochocientos treintidós mil ochocientos sobre seis millones cuatrocientos treintiún mil seiscientos electores inscritos; y cualquiera que sea actualmente ese porcentaje, dicho señor apoderado no ha negado la existencia de electores analfabetos, lo que, por otra parte, es innegable, pues el Jurado Nacional de Elecciones lo ha confirmado, reciente y públicamente. Por tanto, dentro de esta situación de hecho, la introducción en nuestro sistema electoral del voto preferencial, rompe el principio de igualdad y, eventualmente, los requisitos de personal, libre y secreto que para el voto exige el citado artículo sesenticinco de la Constitución, pues, como consecuencia del hecho señalado, habría electores en aptitud de ejercerlo en forma personal, libre y secreta —los que saben leer y escribir— y electores en manifiesta inferioridad de condiciones para ejercerlo sin ayuda ajena —los analfabetos—, los que implícitamente reconoce la Ley veintitrés mil novecientos tres en los artículos que son materia de la acción de inconstitucionalidad deducida, razón por la cual lo ha establecido como opcional, carácter que, a su vez, invalidaría el principio de la obligatoriedad del voto que declara el citado artículo sesenticinco constitucional.

Aún cuando el voto preferencial se emitiera mediante signos o símbolos, es innegable que el analfabeto se vería, práctica y generalmente, en la imposibilidad de memorizar los datos contenidos en la cédula de sufragio para designar, sin posibilidad de error, al candidato de su preferencia, incurriendo por esta causa, en el mejor de los casos, en la abstención de dicho voto, o sirviendo aún sin quererlo, como instrumento de manipulación política.- La diferencia que el señor apoderado del Congreso persigue es establecer entre “voto” y “preferencia” en cuanto, citando a Maurice Duverger, dice que “la preferencia” sólo altera el orden de precedencia de los candidatos en una lista postulada por un partido político o alianza de partidos, en tanto que mediante el “voto” el elector escoge una lista entera entre las varias que hayan sido propuestas; no obstante su sutileza, no logra desvirtuar que el elector mediante el llamado “voto preferencial”, “elige” a los candidatos, a las personas, que, en definitiva, han de integrar las Cámaras Legislativas, lo que constituye, precisamente, el efecto del sufragio. Consecuentemente el voto preferencial establecido por la ley veintitrés mil novecientos tres es infractorio de lo dispuesto en los artículos sesenticinco, párrafo penúltimo, y segundo, inciso segundo, de la Constitución. En cuanto a las alegaciones de los demandantes de que el voto preferencial introduce en nuestro sistema electoral el voto plural, no son fundadas, pues al establecer la ley impugnada la forma en que se extendería el acta de escrutinio y en que se haría el cómputo de los votos, deja claramente establecido que no se produciría el voto plural; y en cuanto a que la ley impugnada colisiona con los artículos sesentiocho y sesentinueve de la Constitución al limitar a los partidos políticos su plena intervención en el proceso electoral, son, también, alegaciones infundadas, en razón de las pertinentes declaraciones que contienen el Preámbulo de la Constitución y sus artículos primero, segundo, inciso decimosexto, y sesenticuatro; aparte de que el artículo sesentiocho reconoce a los partidos el derecho de concurrir a la formación y manifestación de la voluntad popular como instrumentos fundamentales para la participación política de la ciudadanía, sin excluir a los ciudadanos individualmente considerados, a quienes también reconoce el derecho de “participar democráticamente en ellos”; y el artículo sesentinueve declara que: “Corresponde a los partidos políticos o alianzas de partidos postular candidatos en cualquier elección popular”; esto es, de pedir, de pretender, que el pueblo elija a los propuestos, pero no imponerlos. Dentro de nuestro régimen constitucional electoral, lo que procede para evitar los riesgos que los demandantes señalan para la disciplina y la vida de los partidos y la elevación ética del proceso electoral y la calidad intrínseca de los elegidos, es la dación de una Ley de Partidos Políticos, como la española de cuatro de diciembre de mil novecientos setentiocho, conforme a cuyo artículo cuarto “la organización y funcionamiento de los partidos políticos deberá ajustarse a principios democráticos”, regulados en los Estatutos correspondientes.

“Proceso” llama al electoral la Constitución vigente en sus artículos doscientos ochentiséis, doscientos noventa y doscientos noventidós y en sus Disposiciones Transitorias Tercera y Quinta; “Proceso” lo llama también la ley catorce mil doscientos cincuenta —de elecciones políticas— en sus artículos tercero, decimoquinto, vigésimo tercero, y el Decreto Ley veintidós mil seiscientos cincuentidós en sus artículos primero, cuarto, sexto. Así lo llamó, también, la Constitución de mil novecientos veinte en su artículo sesentisiete, parte tercera. Como el civil, el penal, el administrativo, el electoral es, pues, un proceso, que produce lo que los procesalistas llaman “preclusión”, esto es, etapas que se van desmesurando sucesivamente, de donde resultan estados, situaciones, que no pueden revertir. En el proceso electoral que está en marcha se ha clausurado ya la etapa de inscripción de listas de candidatos a senadores y diputados que se han formado e inscrito teniendo en cuenta el voto preferencial, de lo que también resultan derechos adquiridos para los candidatos que integran dichas listas. Consecuentemente con este estado del proceso y con la declaración que tiene el artículo trescientos de la Constitución, la sentencia que emite el Tribunal no puede tener efecto retroactivo, vale decir, que ya no puede alterar la conformación de las listas inscritas de candidatos a senadores y diputados, no obstante la inconstitucionalidad de los artículos cuestionados por la demanda. Por estos fundamentos, nuestro voto es porque se declare fundada la demanda sobre inconstitucionalidad de los artículos décimo, undécimo, duodécimo y vigésimo de la Ley veintitrés mil novecientos tres; sin que ello afecte al proceso electoral en marcha, en cuanto a la inscripción de las listas de candidatos parlamentarios.

264

EGUREN BRESANI
SILVA SALGADO

Lo que certifico:

Manuel Visalot Chávez.
Relator-Secretario.

**REF. ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD
ARTÍCULOS 10º, 2º PARÁGRAFO
11º, 12º, 20º DE LA LEY 23903 SOBRE VOTO PREFERENCIAL**

**FUNDAMENTOS DEL VOTO DEL DOCTOR CARLOS BASOMBRIO
PORRAS**

Considerando: Que veinte señores Senadores plantean Acción de Inconstitucionalidad contra las siguientes disposiciones de la Ley veintitrés mil novecientos tres:

Artículo Décimo, Segundo párrafo: “La elección de Senadores y Diputados se hace con voto preferencial opcional”. Artículo Undécimo “Así como los votos preferenciales obtenidos por cada candidato a Senador o a Diputado”. Artículo Duodécimo “y sobre el número de votos preferenciales obtenidos por cada candidato a Senador o a Diputado”; “Los resultados del cómputo de votos preferenciales se agrupan de mayor a menor”; “en el caso que dos o más candidatos a Senador o Diputado obtuvieren el mismo número de votos preferenciales el orden se decide por sorteo”; “los candidatos sin votos preferenciales se ubican después del que tenga menor votación preferencial, siguiendo el orden de la inscripción”; “el orden establecido, rige para la proclamación con arreglo al procedimiento a que se refieren los artículos cincuentiséis y cincuentisiete del Decreto Ley número catorce mil doscientos cincuenta, modificado por los artículos vigésimo primero y vigésimo segundo, del Decreto Ley veintidós mil seiscientos cincuentidós”. Artículo vigésimo “que adiciona al artículo ciento seis del Decreto Ley catorce mil doscientos cincuenta, modificado por el artículo sesentidós del Decreto Ley veintidós mil seiscientos cincuentidós el párrafo siguiente: “en las secciones de la cédula de sufragio correspondientes a Senadores y Diputados figurará, además, dos cuadriláteros en los cuales el elector anotará los números que correspondan en la lista respectiva a los candidatos a Senadores y Diputados de su preferencia”; “El voto preferencial es opcional y el elector puede votar por uno o por dos de los candidatos. La no emisión del voto preferencial, o el error que se cometa al marcarlo no anula el voto, pero sí la preferencia”; que de la demanda aparecen los fundamentos de hecho y derecho en que los demandantes sustentan su acción; que, el Tribunal de Garantías Constitucionales, cuando se trata de acciones de inconstitucionalidad, no debe apreciar las ventajas, bondades o inconvenientes de la ley o leyes materia de la acción; que su apreciación está circunscrita a determinar si existe alguna implicancia constitucional, por el fondo o por la forma, tal como lo dispone el artículo vigésimo de la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales número veintitrés mil trescientos ochenticinco que expresa lo siguiente: “son inconstitucionales las normas enumeradas en el artículo

precedente, en la totalidad o en parte de sus disposiciones: 1º).- cuando infrijan la Constitución; 2º).- cuando no hayan sido aprobadas o promulgadas o publicadas en la forma prescrita por la Constitución”; que el Tribunal, pues, esta limitado a comparar la norma impugnada (en este caso por el fondo) con el texto constitucional y establecer si infringe éste o no; que, en el caso materia de la acción la ley impugnada, para el suscrito, tiene una indudable ventaja democrática, pues permite al elector ejercer con mayor amplitud su derecho a escoger sus representantes; que, no obstante, la comparación de su texto con las normas constitucionales que se citan a continuación y con el espíritu que prima en la Carta Política, existe implicancia con ésta; que el artículo sesentiocho de la Constitución del Estado establece que “los partidos políticos expresan el pluralismo democrático. Concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular. Son instrumento fundamental para la participación política de la ciudadanía. Su creación y el ejercicio de su actividad son libres, dentro del respeto a la Constitución y la ley. Todos los ciudadanos con capacidad de voto tienen derecho de asociarse en partidos políticos y de participar democráticamente en ellos”; que este artículo da preeminencia a los partidos políticos para conducir la participación del ciudadano en la actividad política; que el artículo sesentinueve de la Carta Fundamental establece que “corresponde a los partidos políticos o alianzas de partidos postular candidatos en cualquier elección popular” que esta norma remite a los partidos políticos la preparación de las listas de candidatos para la elección popular; que el artículo sesenticinco del texto constitucional señala, entre otras cosas, que “el voto es personal, igual, libre, secreto y obligatorio hasta los setenta años”; que esta norma sería violada por el voto preferencial ya que los analfabetos y los invidentes no podrían ejercer su derecho al voto en la misma forma que los plenamente capaces, creándose una desigualdad que no quiere la norma citada; que el artículo ciento setenticinco de la Carta Política dispone que “las vacantes que se producen en las Cámaras, se llenan con los candidatos suplentes en el orden en que aparecen en las listas respectivas”; que esta disposición también se refiere a las listas presentadas por los partidos políticos conforme al orden establecido en ellas; que, por último, los incisos segundo y cuarto de la Disposición Transitoria Quinta de la Constitución, establecen que “para la elección de Senadores y Diputados se utilizará el sistema de cifra repartidora, **sin voto preferencial** y siguiéndose el orden de cada lista”; que si bien estas últimas disposiciones se refieren a la elección de mil novecientos ochenta, evidentemente señalan, como las otras normas citadas, el espíritu que informa la Constitución del Estado de mil novecientos setentinueve, debiendo destacarse el hecho de que la Constituyente se apartó del criterio que primó para su propia elección, estableciendo el de la lista única, sin voto preferencial; que lo anteriormente expuesto constituye una muestra evidente de la inconstitucionalidad de las normas de la Ley veintitrés mil novecientos tres mencionadas en la demanda que

establecen el voto preferencial, por lo cual, el voto del suscrito es porque se declare fundada la demanda interpuesta.

BASOMBRIO PORRAS

Lo que certifico:

Manuel Visalot Chávez.

Secretario-Relator.

VOTO PREFERENCIAL

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO DOCTOR ALFREDO CORSO MASIAS

Veinte señores Senadores de la República, solicitan que el Tribunal de Garantías Constitucionales, declare la Inconstitucionalidad de los artículos 10° 2° párrafo, 11°, 12° y 20° de la Ley No. 23903 por el fondo que consagra el Voto Preferencial en las Elecciones Generales que se realizarán el 14 de abril de mil novecientos ochenticinco.

El apoderado titular del Congreso de la República, absuelve el traslado de la Demanda interpuesta, negando los hechos en que se apoyan y contradiciendo los fundamentos en que se sustenta. Dice que las normas impugnadas se ajustan a las previsiones de la Constitución y guardan perfecta concordancia con los principios que le sirven de inspiración. Que no agravan —como se sostiene en la Demanda— la igualdad del derecho del sufragio ni limitan la participación de los partidos políticos en la formación de la voluntad popular general. Las razones que apoyan tales afirmaciones fluyen del propio texto de las normas Constitucionales invocadas por la demanda, según lo demostrará en el alegato ampliatorio que se producirá en la vista de la causa.

268

Producidos los alegatos por los letrados de las partes y estudiado el expediente respectivo, cabe señalar lo que sigue:

- 1°.- Los más célebres tratadistas y constitucionalistas, coinciden en: “La idéntica libertad para todos los ciudadanos”.
- 2°.- La Declaración de la Revolución Francesa de 1791-c- consagra: “La Ley es la expresión de la voluntad general”.
- 3°.- La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre —Art. XX— expresa “Toda persona legalmente capacitada tiene el Derecho de tomar parte en el gobierno de su país, directamente o por medio de sus representantes y de participar en las elecciones populares que serán de voto secreto, genuinas, periódicas y libres”.
- 4°.- El Preámbulo de la Constitución de 1979, agrega: “Creyentes en la primacía de la persona humana, en que todos los hombres, iguales en dignidad tienen derechos de validez universal anteriores y superiores al Estado”, “Decididos a fundar un Estado democrático, basado en la voluntad popular y en su libre y periódica consulta”; nuestra Carta Fundamental añade:

Art. 1º.- La persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado. Todos tienen la obligación de respetarla y protegerla.

Art. 64º.- Los ciudadanos tienen el derecho de participar en los asuntos públicos directamente o por medio de representantes libremente elegidos en comicios periódicos y de acuerdo a las condiciones determinadas por la Ley.

Es Nulo y punible todo acto por el cual se prohíbe o limita al ciudadano o partido intervenir en la vida política de la Nación.

Art. 75º.- Es deber ciudadano sufragar en comicios políticos y municipales.

Art. 79º.- El Perú es una república democrática y social, independiente y soberana, etc... Su Gobierno es unitario, representativo y descentralizado.

Art. 81º.- El poder emana del pueblo, quienes lo ejercen lo hacen en su representación.

Estas breves citas, entre las muchas que podrían glosarse, sirven para demostrar que quien elige es el ciudadano y debe dársele la mayor libertad y garantías consiguientes.

ANTECEDENTES:

269

1º.- El voto preferencial ha sido adoptado y funciona en varios países del mundo;

2º.- En las Elecciones Generales de 1962, se ensayó un sistema amplio y democrático, al permitir al elector confeccionar una sola lista con los candidatos inscritos de todas las agrupaciones y partidos políticos.

3º.- En las Elecciones para la Constituyente de 1979, funcionó el voto preferencial.

En los casos citados, las elecciones se realizaron con toda normalidad.

VENTAJAS DEL VOTO PREFERENCIAL

Afianzan la democracia, el Estado de Derecho y el Régimen Constitucional;

Dá más libertad a los electores;

Consagra derechos iguales a los sufragantes;

Es opcional;

El Elector tiene derecho a marcar este voto por el candidato o candidatos que considere sean más idóneos para representarlo y además democratiza a los partidos, para que se respeten las decisiones internas que adopten las bases en la selección de los candidatos a curules parlamentarias.

Debe tenerse en cuenta que compete al legislador establecer el sistema que debe regir una Elección General u otra; pero sin que ese sistema sea incompatible con la Constitución; así por ejemplo, en las Elecciones de mil novecientos ochenta funcionó el sistema de cifra repartidora, sin voto preferencial y siguiéndose el orden de cada lista (Quinta Disposición General y Transitoria de la Constitución), en cambio para las Elecciones Generales de mil novecientos ochenticinco, el legislador tiene el derecho de establecer el sistema del voto preferencial, que en nada contraría los preceptos Constitucionales.

POR LOS FUNDAMENTOS EXPUESTOS, y teniendo en consideración que los artículos 10º2º párrafo, 11º, 12º y 20º de la Ley No. 23903 por el fondo no son opuestos ni desnaturalizan el contenido de la Constitución, y los alcances del Art. No. 300º de la Constitución, mi **VOTO** es por que se declare infundada la demanda de Inconstitucionalidad.

Lima, 18 de Febrero de 1985.

CORSO MASIAS

Lo que certifico:

Manuel Visalot Chávez.
Secretario-Relator.

**VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO DOCTOR MARIO PELAEZ
BAZAN EN LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA
LOS ARTÍCULOS 10º, 2º PÁRRAFO, 11º, 12º Y 20º DE LA LEY 23903.**

Mi voto es porque se declare fundada la demanda de inconstitucionalidad de los Artículos 10º, 2º párrafo, 11º, 12º y 20º de la Ley 23903, con carácter de irretroactividad respecto de los hechos consumados, en base a las consideraciones legales siguientes:

1.- El artículo 65º de la Constitución establece:

“Son ciudadanos los peruanos mayores de dieciocho años. Para el ejercicio de la ciudadanía se requiere estar inscrito en el Registro Electoral.

Tienen derecho de votar todos los ciudadanos que están en el goce de su capacidad civil.

el voto es personal, igual, libre, secreto y obligatorio hasta los setenta años. Es facultativo después de esta edad.

En las elecciones pluripersonales, hay representación proporcional conforme al sistema que establece la ley”.

271

2.- Los artículos de la Ley 23903 impugnados dicen:

Artículo 10º.- “Hay representación proporcional en la elección pluripersonal de Senadores y Diputados, mediante el método de “cifra repartidora”.

La elección de senadores y diputados, se hace con el voto preferencial opcional.”

Artículo 11º.- “El acta de escrutinio contiene el número de votos emitidos, el número de votos obtenidos por cada lista, así como los votos preferenciales obtenidos por cada candidato a Senador o a Diputado”.

Artículo 12º.- “Los cómputos se hacen sobre el número total de votos emitidos, sobre el número total de votos obtenidos por cada lista de candidatos y sobre el número de votos preferenciales obtenidos por cada candidato a Senador o a Diputado.

Los resultados del cómputo de votos preferenciales se agrupan de mayor a menor.

En el caso que dos o más candidatos a Senador o a Diputado obtuvieren el mismo número de votos preferenciales, el orden se decide por sorteo.

Los candidatos sin votos preferenciales se ubican después del que tenga la menor votación preferencial, siguiendo el orden de la inscripción.

El orden así establecido rige para la proclamación, con arreglo al procedimiento a que se refieren los artículos 56º y 57º del Decreto Ley 14250, modificado por los artículos 21º y 22º respectivamente, del Decreto Ley 22652”.

Artículo 20º.- Adiciónase al artículo 106º del Decreto Ley 14250, modificado por el artículo 62º del Decreto Ley 22652 el párrafo siguiente:

“En las secciones de la cédula de sufragio correspondientes a Senadores y Diputados figurará, además, dos cuadriláteros en los cuales el elector anotará los números que corresponda en la lista respectiva a los candidatos a Senadores o a Diputados de su preferencia.

El voto de preferencia **es opcional** y el elector puede votar por uno o por dos de los candidatos. La no emisión del voto preferencial, o el error que se cometa al marcarlo no anula el voto, pero si la preferencia”.

272

Si la Ley fundamental establece **el imperativo de la igualdad, el secreto y el ejercicio personal del voto**, resulta indudable que respecto del Voto Preferencial el derecho a votar del analfabeto y del invidente estaría limitado, por no decir frustrado, y, por tanto, su propio derecho a intervenir en la vida política de la Nación. Lo cual haría incluso lugar a que se declare la nulidad y establezca la sanción penal del acto correspondiente como lo prescribe el segundo párrafo del artículo 64º de la Carta.

Pues, no podemos prescindir de la realidad: si un ciudadano común y corriente más o menos identificado como normal —y hasta uno de alguna significación intelectual o profesional—, en el acto de votar pierde o altera su cotidiana serenidad y hasta equívoca determinados hechos o imágenes memorizados, pues con mayor razón será presa de aquellos fenómenos un ciudadano analfabeto. Claro que en el momento de votar, él podrá atinar a distinguir la figura que ha memorizado y le interesa, pero le será imposible escoger tal o cual número de la lista que escoja entre las muchas que recibirá del Presidente o del Secretario de la Mesa, para incluirlo en uno de los casilleros especiales de la cédula respectiva.

Para darse cuenta de la limitación, es decir de la desigualdad flagrante del derecho de sufragio de los analfabetos, respecto de los demás electores, bastará pues sopesar tan clara y distinta situación.

En semejante acto jurídico-electoral —votar—, no hay pues la igualdad que exige la Constitución para garantía del ejercicio justo y respetable de la soberanía popular, fuente del poder legítimo y del estado de derecho. Por consiguiente, basta la simple apreciación entre el texto constitucional glosado y el de la ley impugnada, para concluir que ésta es violatoria de aquélla y que, por consiguiente, su imperio y supremacía están por encima de cualquiera otra consideración legal y de hecho.

Por lo demás, no se puede desconocer que el volumen de analfabetos y de invidentes, es de consideración; de los 8 millones de electores, por lo menos suman millón y medio, cifra elevada, que, aún siendo menor, no interesa por cierto tanto como la exigencia constitucional de la igualdad del voto —es decir que el elector se encuentra respecto de otro en la misma aptitud para poderlo ejercitar normal y eficazmente—, pero que sin embargo, podía cambiar el resultado electoral, que es lo que cuenta en una elección. Esto es lo que además la ley fundamental ha querido preveer, un resultado justo y auténticamente democrático.

El carácter optativo del Voto preferencial claro que resulta contrario al principio de la igualdad del voto, por su carácter engañoso, desde que el analfabeto no podrá, aunque lo quisiera, hacer uso de la opción. Pues, si como hemos demostrado, el analfabeto no está en las mismas condiciones de capacidad mental, que un ciudadano normal para votar simplemente, menos lo estará para optar o escoger el número de la persona a quien desea preferir para aumentar su votación. Y si un tercero tiene que dirigirlo y lo dirige, resultaría evidente la objeción de que se trata de un voto manipulable.

273

Frente al carácter optativo del voto preferencial, éste, usado, en sí, comporta asimismo una opción plural, un voto acumulativo y, en todo caso, un doble voto simultáneo, lo que resulta incompatible con el espíritu y texto de la norma constitucional glosada.

Si el sufragio se expresa en la fórmula: un hombre, un voto, quiere decir que todo ciudadano —entre los peruanos— que tiene derecho de voto, lo posea en las mismas condiciones y en la misma medida que los demás electores. Medida que responde al principio igualitario de que los votos se cuentan y no se pesan.

De allí que no es el caso del sistema de sufragio reforzado en que ciertos sujetos, que gozan de determinadas cualidades o condiciones, poseen más de un voto.

La base jurídica de la igualdad se ve afectada por el hecho de que el nivel intelectual y cultural del analfabeto frente al voto y mucho más respecto de su opción preferencial, es definitivamente inferior al de cualquier otro elector. Por lo que siendo así, ello afecta al principio de igualdad consagrado en el artículo 64º de la Constitución. Un analfabeto no está pues en capacidad para ejercitar el derecho de preferir y escoger candidatos. Es que el carácter opcional del voto preferencial crea el voto múltiple en

favor de quien lo usa bien, el voto plural y, en todo caso —repetimos— el doble voto simultáneo. Escoger y escribir un número es distinto a hacer una aspa o un símbolo. Ello resulta una operación más compleja y, por tanto, discriminatoria respecto del analfabeto para quien lo es mucho más.

De ese modo, no se mejora y menos logra democratizar el sistema de participación del pueblo en el proceso de elecciones de sus representantes. Por lo que tal propósito debe llevarse a cabo bajo el imperio supremo de la igualdad en el ejercicio electoral y respecto de su titular, porque si unos electores lo pueden llevar a cabo normalmente y, otros no, es incuestionable que desaparece aquel imperativo democrático que impone la Constitución. Desde ese momento hay una diferencia y, la igualdad que reclama, desaparece. Siendo así, quienes no son analfabetos y están en mayor aptitud mental para hacer valer su opción en el voto preferencial, tendrán como ventaja la de ejercitar un voto plural y aún acumulativo y, en todo caso, la de brindar un doble voto simultáneo, uno en favor de su preferido, o sea, pues dos votos en favor de éste mismo: el de la cédula y el de la preferencia. Entre tanto que del analfabeto no se puede esperar sobre este particular sino un resultado negativo, o sea ilegal y antidemocrático.

274 Lo evidente es que el Voto Preferencial permite incrementar los votos del elector que usó de él porque, al fin y al cabo, se sumarán a los de cada lista en favor del preferido; conforme a su monto serán ubicados los candidatos y entrará a jugar la cifra repartidora. Todo lo cual pues produce un resultado: una mayor ventaja de votos por obra de la propia desigualdad del voto, que la Constitución prohíbe.

Pues si los Votos Preferenciales —como tiene que ser—, sumados a los demás determinan el orden de procedencia de los candidatos de una lista, para su proclamación, ello no significa sino que es el mayor número de los mismos del cual depende en última instancia la ubicación de cada candidato y, por tanto, del mayor número, su éxito electoral.

De otro lado, no se puede desconocer que el Voto Preferencial genera de todos modos una limitación al derecho de los partidos políticos. Si éstos, por imperio de la Constitución, expresan el pluralismo democrático y concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular; si son instrumento fundamental para la participación política de la ciudadanía y su creación y el ejercicio de su actividad son libres dentro del respeto a la Constitución y la ley y si, conforme a las corrientes ideológicas modernas, los partidos políticos reconocidos legalmente, son los que representan, dentro de un proceso político electoral, a sus candidatos dándoles la ubicación que les corresponde, y ellos tienen asimismo el derecho a representarlos y afrontar las responsabilidades consiguientes, al someter a una suerte de designios ajenos a sus intereses, el orden de sus listas y los alcances y resultados de la votación, no cabe duda que sería

atentar contra su autoridad y el libre desenvolvimiento democrático en la pre-elección y ubicación de sus candidatos, a parte de que quebrantarían la disciplina y la unidad partidaria. Es decir, pues que el Voto Preferencial limita o condiciona el derecho de los Partidos a elegir y señalar un necesario orden de precedencia, y atenta contra su propia organización interna y la misma solidaridad entre sus candidatos y afiliados.

Razones y fundamentos legales que nos obligan a emitir nuestro voto en el sentido expresado.

Empero, como quiera que para el próximo proceso electoral, la ubicación de candidatos ha sido ciertamente determinada bajo la opción que ofrece el Voto Preferencial, no sería legal ni justo que, de dictar el Tribunal una resolución en el sentido de este Voto singular, los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de la ley impugnada, tuvieran carácter retroactivo y que la declaración y consiguiente abrogación de ésta, comprendiera aquel hecho consumado. Por consiguiente estaríamos obligados a observar y cumplir el artículo 300o. de la Constitución que prescribe que **“no tiene efecto retroactivo la Sentencia del Tribunal que declara inconstitucional una norma en todo o en parte”**. La nueva Ley —como toda Ley— o la resolución del Tribunal de su propósito, tendría que regir para adelante, salvo las excepciones pertinentes.

Lima, febrero de 1985.

275

MARIO BAZAN

Lo que certifico:

Manuel Visalot Chávez.
Secretario-Relator.

**VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO DOCTOR MANUEL
AGUIRRE ROCA, EN QUE SE DECLARA FUNDADA LA
DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD FORMULADA POR
21 SEÑORES SENADORES CON EL FIN DE QUE SE DECLARE
INCONSTITUCIONAL EL VOTO PREFERENCIAL**

No pudiendo resolver, mediante sentencia, el Tribunal de Garantías Constitucionales, la demanda incoada por 21 señores Senadores contra varios artículos de la Ley 23903 (Voto Preferencial) por no haber conseguido el mínimo de 6 votos conformes que, para tal efecto, la Ley 23385 (que es su Ley Orgánica) exige los votos de los magistrados, por no estar en condiciones de integrar la inalcanzada sentencia, son votos “singulares”, a menos que resulten idénticos entre sí, en sus conclusiones y en sus fundamentos y que, consecuentemente, sus autores —o parte de ellos— decidan suscribir un solo texto común.

Como, al momento de redactar este voto (después, aun, de votada la causa), no ha sido posible conocer ni los fundamentos exactos ni el alcance preciso de las conclusiones de todos los magistrados, es ya del todo imposible cotejar mis fundamentos y conclusiones con los de los demás magistrados —los que, como digo, no me son plenamente conocidos— de forma que este voto tendrá que ser, necesariamente, totalmente singular y ya no podrá ser “concordado”.

276

A mi juicio, la demanda es fundada porque el denominado “voto preferencial” compromete varias reglas o preceptos materiales de la Constitución vigente. No hay, por cierto, prohibición concreta en la Carta Magna contra la consagración del “voto preferencial”; pero tampoco hay autorización expresa ni regla alguna que lo consagre.

El problema del voto preferencial se puede examinar de la siguiente manera:

- 1) La Constitución no exige la consagración del voto preferencial (al que denominaremos, en adelante VP). Por tanto, no es necesaria su existencia para que el proceso sea constitucionalmente aceptable.
- 2) La Constitución no prohíbe, en forma directa, mediante regla vetatoria alguna, la entronización del VP. Sin embargo, el constituyente prohibió el VP para las elecciones últimas de 1980, circunstancias en que, como se sabe, la Carta Magna no había entrado plenamente en vigencia, cosa que, como se recuerda, ocurrió sólo el 28.07 80, con la asunción del mando por el ciudadano electo y hoy Presidente del Perú, Arquitecto Fernando Belaúnde Terry.

La norma transitoria correspondiente de la Carta Magna (a la que denominaremos, en adelante, CM), que es la quinta, tiene el siguiente tenor:

“QUINTA.- El proceso electoral 1979-80 se rige por el Decreto Ley 14250 de 5 de diciembre de 1962, con las modificaciones y adicionales que se consignan en una norma especial, la cual necesariamente debe observar.

1.- Los preceptos pertinentes de esta Constitución que incluyen, entre otras disposiciones, las relativas al voto secreto y obligatorio y al escrutinio en mesa.

2.- La elección de los senadores por el sistema de cifra repartidora, sin voto preferencial y siguiéndose el orden de cada lista.

3.- La distribución de las diputaciones entre los siguientes distritos electorales:

- a) La provincia de Lima;
- b) Las demás provincias del Departamento de Lima;
- c) Cada uno de los demás departamentos de la República; y
- d) La Provincia Constitucional del Callao.

277

Las ciento ochenta diputaciones se reparten entre los mencionados distritos electorales en proporción a la densidad electoral y demográfica de cada uno, y teniendo en cuenta que cada distrito electoral tiene derecho a por lo menos un diputado; y que la provincia de Lima tiene cuarenta diputados.

4.- La elección de diputados por el sistema de cifra repartidora, sin voto preferencial y siguiéndose el orden de cada lista.

5.- La permanencia en su función de los miembros del Jurado Nacional de Elecciones para que tengan a su cargo el proceso electoral 1979-80.

6.- La validez de la inscripción de los partidos políticos ya inscritos en el Registro, salvo los que habiendo participado en el proceso de 1980, no alcanzaron representación.

7.- Las atribuciones del Jurado Nacional de Elecciones para hacer viable el voto de los analfabetos y de los peruanos residentes en el extranjero; y

8.- La falta de sanción por esta vez, para los analfabetos que no votan”.

- 3) Esta prohibición —para los comicios del 80— ¿puede acaso interpretarse como anatema para todos los comicios futuros? ¿Puede interpretarse como regla constitucional prohibitiva implícita?

Parece que no, puesto que, en efecto, no se incluyó una tal regla prohibitiva en ningún precepto de la CM y, además, la regla es “transitoria”.

- 4) ¿Cómo interpretar, entonces, la voluntad del constituyente en torno a este punto?

Tal vez quiso dejar en las manos del entonces futuro Congreso Constitucional, que debía instalarse el 28 de julio de 1980, la decisión y, como cuando sancionó la CM, el 12.7.79, el Perú se encontraba gobernado por una Junta Militar de facto, se contentó, entonces, con establecer, entre reglas de juego mínimas e indispensables, para el proceso electoral del 80', la del no-voto preferencial, a fin de que la Junta Militar no pudiese, en aquel momento, entronizarlo o usar y/o abusar de él en perjuicio de los partidos políticos y de los mismos fines y objetivos sustanciales del proceso.

- 5) En cualquier caso, como la determinación exacta de la voluntad del constituyente es prácticamente imposible en esta espinosa materia —caso, por cierto, de haber existido, pues lo probable es que existiera la voluntad negativa (la no-voluntad, justamente) de no adentrarse ni comprometerse más en tales arenas movedizas— lo importante no es, ahora, el acertijo ni la cartomancia política, sino examinar las reglas objetivas y reales incorporadas en la CM. A ellas debemos atenernos, sin perjuicio de evaluarlas con arreglo a las pautas hermenéuticas pertinentes. En el fondo, como se sabe, la voluntad del constituyente —o, en su caso, del legislador o del creador de una norma— es importante elemento de análisis para determinar los alcances de las normas —sean constitucionales o legales o de otro nivel— oscuras o imprecisas, pero no, evidentemente, para injertar en un texto reglas que no existen en él, pues ello ya no sería hermenéutica sino nigromancia.

- 6) **Estudio objetivo de las normas constitucionales vigentes.**

Pasando, pues, de la voluntad del constituyente —que no permite resolver el problema— al articulado mismo de la CM, debemos considerar si en él existen reglas incompatibles, por su régimen, alcances, objetivos o contenido, con las normas, de la ley impugnada en esta demanda, es decir con el sistema del voto preferencial.

- 7) En este orden de cosas, los argumentos de las dos partes —demandante y demandada— son robustos, bien fundados, excelentemente desarrollados y de gran

impacto; pero no necesariamente suficientes para definir la lid, la misma que, a nuestro juicio, tal vez pueda definirse sobre la base de una pocas reglas constitucionales perfectamente concretas y claras, entre las que figuran los artículos 64, 65, 68, 69, 70, 71, 75, 87, 170, 175, 176, 236, y Quinta Disposición General y Transitoria.

8) **Comencemos por examinar el artículo 69 de la CM, que parece ser determinante y definitivo.**

“Artículo 69.- Corresponde a los partidos políticos o alianzas de partidos postular candidatos en cualquier elección popular.

Para postular candidatos las agrupaciones no partidarias deben cumplir con los requisitos de ley”.

¿No se desprende, de este solo numeral, que respecto de las listas de los partidos, quienes **postulan** o proponen candidatos son, precisamente, los partidos?

Si postular es —como creo que es— proponer a una persona determinada para una plaza (para la provisión de una plaza), cuando no se sepa el número exacto de plazas disponibles o por proveer, y parecería que no queda sino proponer, tentativa o hipotéticamente, a una persona igualmente determinada para cada plaza que resulte finalmente disponible.

Ahora bien, como las personas no son cosas ni bienes “fungibles”, pues tienen su valor intrínseco, único e inconfundible, cuando se proponen personas para plazas aún no determinadas, es menester establecer un orden, esto es, decir: para el caso de que haya una sola plaza, a Fulano; si hay dos, además, a Zutano; si hay tres, agrego a Mengano, y, si resultan más, pues a Perencejo, etc., etc., hasta cubrir el número de vacantes.

Si se tratara de un simple juego matemático o de destreza, se podrían asignar, en forma indistinta, cosas iguales para fines semejantes. Así, se podrían usar, indistintamente, dos o más raquetas de tenis o de ping-pong —idénticas entre sí, por hipótesis— para dos o más contiendas programadas; o dos o más “palos” de **golf** iguales para cumplir tareas pendientes e iguales. Pero no se trata de eso, sino de seres humanos con calificaciones distintas que deben formar además parte de un equipo que tiene por misión una de las tareas más complejas, difíciles y de mayor responsabilidad que puedan darse: la de gobernar pueblos enteros en este azaroso y tremendo momento histórico.

Algunos ejemplos

Un ejemplo aclarará las ideas: se trata de un partido de fútbol entre las selecciones del Perú y el país Z. LA FIFA declara que sólo minutos antes de iniciarse el partido se podrá saber cuántos cambios podrá hacer, durante el partido, cada equipo, pero que el número estará entre 3 y 6.

Cada equipo, evidentemente manda a la cancha seis posibles suplentes o cambios. Antes de comenzar el partido se anuncia, efectivamente, que se podrán hacer tres cambios, y que la lista de los nombres de los suplentes debe entregarse inmediatamente.

Entonces, que duda cabe, de los seis de la banca, hay que escoger a los tres mejores y dar sus nombres, y eso tiene que hacerlo el director técnico y no el público mediante aplausos o rechiflas, pues la responsabilidad del resultado es de aquél y no de éstos, y se supone, además, que éstos están, en el caso, representados por aquél.

Como en el fútbol, por virtud de los distintos roles que cumplen los jugadores, el problema puede complicarse innecesariamente, pensemos en competencias de natación, donde la tarea es siempre (dentro de cada tipo de prueba) exactamente la misma. Imaginemos, entonces, que el Perú es invitado a un campeonato mundial de natación para competir en la prueba de 100 mts., estilo libre pero que no se le dice cuántos nadadores tendrán derecho a inscribir en el evento pues ello dependerá de hechos que no se conocerán hasta momentos antes de iniciarse la competencia (un sorteo, por ejemplo). Imaginemos, además, que se anticipa que puede haber, en el mejor de los casos, cabida hasta para 40 nadadores por país, pero que el Perú tiene que precisar cuáles van a competir. Es obvio, entonces, que no le queda al Perú otro recurso que inscribir, tentativamente, a sus 40 mejores libristas especializados en los 100mts., precisando que, de obtenerse, finalmente el derecho a sólo una plaza, defenderá los colores W.L., y de obtenerse 2 plazas, W.L. y K.L.; y si se obtienen tres, ellos dos, más C.V., etc., etc.

Es perfectamente racional que, cuando esté por definirse el número de plazas por llenar, y las cosas de que se dispone para llenarlas no sean “fungibles”, interese establecer un orden de prioridades en función, justamente, del número de plazas que, finalmente, resulten disponibles y de la calidad y valor de las cosas llamadas a llenarlas.

- 9) La postulación de candidatos, por otro lado, **no es una oferta abierta para satisfacer todos los gustos** políticos ni tampoco las exquisitesces de ciertas aficiones pitagóricas o lúdicas. El proceso electoral no tiene porqué ser ocasión para la

confección de “pollas” ni de apuestas deportivas. Es, en cambio, un proceso muy serio, en el cual se juegan los destinos de los países. Los partidos políticos, amparados por los artículos 69 y concordantes de nuestra CM tienen, pues, no sólo el derecho sino también el deber de asumir sus responsabilidades con sus mejores hombres y equipos (lo mismo que los directores técnicos de los equipos de fútbol o natación), sin que se vea porqué habrían de estar condicionados, en la selección de sus candidatos, por el gusto del elector que, por lo demás, **no tiene porque ni como saber cuáles son sus mejores hombres y equipos de hombres.**

¿Qué pueden saber, Carlos y Jaime—por hipótesis, ciudadanos comunes y corrientes— de la capacidad de Ricardo y Augusto —elementos, por hipótesis, no muy conocidos ni nacionalmente famosos— para integrar una lista de candidatos del Partido Z, si en ese mismo partido —al que Carlos y Jaime, hipótesis, no pertenecen— muchos afiliados pueden desconocer sus especiales calificaciones? ¿Por qué privar al Partido, entonces, del derecho de seleccionar a su propia gente, según sus propios criterios y sistemas internos? Piénsese, además, que esos sistemas y criterios internos de los partidos políticos están también amparados por la CM y las leyes, a tenor del artículo 68 y reglas concordantes de la CM y el Código Civil, los que, al convertirlos en instrumentos de formación de voluntad política y “postulaciones”, ponen de manifiesto el propósito serio y constitucional de respetar y proteger los derechos inherentes a tan delicada como irrenunciable tarea.

¿Más democrático; más simpático?

- 10) Se dice que el voto preferencial es más democrático, más “simpático”, menos “manipulable” y más conveniente. Todo esto puede ser cierto. Pero no se trata de esto sino de saber si, **dentro de nuestro sistema constitucional**, y dadas las reglas de juego de los artículos citados de la CM, el voto preferencial no compromete el funcionamiento de la preceptiva correspondiente. Y yo pienso que sí la compromete: según lo acabamos de ver, el derecho de los partidos políticos de “postular candidatos” para plazas indeterminadas, pero determinables, resultaría menoscabado y hasta desconocido por el sistema de VP, según el cual, en efecto, los partidos no “postularían” sino simplemente “ofertarían” en un vasto mercado de preferencias tan aleatorias como abigarradas.

¿Oferta Abierta?

- 11) Que la postulación no es una oferta abierta, sino la proposición de hombres para determinadas plazas, resulta probado, en nuestro sistema, por un hecho elocuentísimo, irrefragable y de todos archiconocido: el de que sólo se postulan tantos candidatos como plazas disponibles existan. El sistema se expresa, entre otras

reglas, por los artículos 82 y 83 de la Ley Electoral vigente, concordante con la CM.

La oferta, en cambio, se caracteriza, justamente, por lo contrario: proponer o sugerir más, muchas más, elecciones u opciones que “plazas” (demandas por llenar o satisfacer, en verdad) haya.

Así, al cliente que entra en una tienda para comprar una corbata, no se le ofrece una sino 10 o 100 corbatas. He allí la oferta: “tome Ud. la que más le guste, porqué a mí, vendedor, me da lo mismo; lo que quiero es vender, y quien manda es el comprador”.

Si de esto se tratara, es obvio que las listas tendrían muchos más candidatos que plazas hubiese por cubrir. Sólo así podría el cliente —que es quien manda— satisfacer plenamente —o menos precariamente— sus deseos. Pero no es ese el problema, pues no se trata de satisfacer al cliente ofreciéndole toda la gama variopinta de las corbatas que puedan darse —no se ha puesto en ese caso nuestra CM— sino de llevar un equipo de hombres seleccionado por el partido (pues para eso existen los partidos y sólo ellos están en óptimas condiciones de saber, a ciencia cierta, cuáles son sus mejores hombres, en cada momento y para cada tarea) al gobierno, para dirigir la marcha de todo un pueblo. Estamos hablando de listas, por cierto y no de candidatos únicos, y menos de candidato a la Presidencia, pues, en tal caso, dadas la difusión y publicidad y el predicamento social del aspirante, el pueblo mismo suele estar en condiciones de emitir un juicio crítico suficientemente fundado.

- 12) Entre las muchas cosas que, fatalmente, tienen que quedarse en el tintero, no pueden figurar las siguientes:

A. Los artículos 170 y 175 de la Constitución parecen consagrar, en forma permanente, el sistema de las postulaciones de los candidatos, en un orden correlativo fijo.

“Artículo 170º.- El Presidente de la Cámara respectiva conmina a concurrir a los Senadores o Diputados cuya inasistencia impide la instalación o el funcionamiento del Congreso. El requerimiento se hace, en el plazo de quince días, por tres veces. El tercer requerimiento se hace bajo apercibimiento de declararse la vacancia. Producida ésta, el Presidente de la Cámara procede a llamar a los suplentes. Si dentro de los quince días siguientes éstos tampoco acuden, convoca a elección complementaria. Los inasistentes no pueden postular a cargo o función pública en los diez años siguientes”.

“Artículo 175º.- Las vacantes que se producen en las Cámaras, se llenan con los candidatos suplentes en el orden en que aparecen en las listas respectivas”.

En efecto, si no se consagrara, en estos artículos, el derecho de los partidos a establecer un orden fijo en sus listas, no se comprenderían las reglas que ellos mismos proclaman respecto de la forma de cubrir vacíos mediante suplentes.

No debe perderse de vista el hecho de que estas reglas constitucionales señalan, en forma rotunda, el propósito de que los partidos, al proponer a sus candidatos, tengan en mente, para cubrir las vacantes que puedan producirse, candidatos (“suplentes”) que, a juicio de dichos partidos ocupen, en la escala de las preferencias, lugares menos encumbrados que los “titulares”. Esta clasificación en “titulares” y “suplentes” en una Constitución que no preconiza el VP, fatalmente significa que los partidos políticos tienen plena potestad para jerarquizar sus listas, las cuales, por tanto, no se ordenan sólo en atención —como lo sostiene un ilustre jurista— del principio de la “impenetrabilidad de la materia”.

Se está entronizando, de esta forma, el derecho de los partidos a establecer un orden interno en las listas y así mismo, la obligación del propio Poder Legislativo, al poner en marcha este mecanismo de provisión de vacantes, de respetar, a rajatabla, este importantísimo derecho constitucional de las agrupaciones políticas.

283

No parece fácil, en verdad, conciliar estos artículos (170, 175) con el sistema del VP. En cualquier caso, lo que proclaman las reglas comentadas **es no solo el derecho de los partidos de establecer un orden interno en sus propias listas, sino, igualmente, el pensamiento del constituyente respecto de la conveniencia de que así sea.**

- 13) Por otro lado, el artículo 68 de la CM. al reconocer el derecho de los partidos a organizar su funcionamiento con arreglo a sus propias normas internas, estatutos y reglamentos, está ofreciendo su respaldo y su garantía a la organización interna de las agrupaciones políticas.

“Artículo 68º.- Los partidos políticos expresan el pluralismo democrático. Concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular. Son instrumento fundamental para la participación política de la ciudadanía. Su creación y el ejercicio de sus actividades son libres, dentro del respeto a la Constitución y la ley.

Todos los ciudadanos con capacidad de voto tienen derecho de asociarse en Partidos políticos y participar democráticamente en ellos”.

¿Cómo conciliar esta situación con el sistema del VP que, como se sabe, entraña, por parte de los propios candidatos elegidos por los partidos, la aceptación (que es casi “incitación”) de una forma de rebeldía —que puede alcanzar niveles espectaculares y producir aun el caos interno en los partidos— frente a las decisiones tomadas por el propio partido y con arreglo, justamente, a sus estatutos y reglamentos internos, es decir, mediante sus mecanismos internos, por los propios candidatos?

¿Puede la Constitución, por un lado, brindar su apoyo y respaldo al funcionamiento interno de los partidos, sus reglamentos y estatutos (dentro del marco legal, por supuesto) e invitar a éstos a postular a sus candidatos en listas correlativamente ordenadas —con “titulares” y “suplentes”— y, por otro lado, fomentar el desconocimiento, por los propios afiliados y, aun, por los propios candidatos designados, de esos mismos reglamentos y estatutos internos, que son los instrumentos que se valen los partidos para elaborar sus listas? ¿No es esto contradictorio? Imaginemos que **X**, elegido internamente por el Partido **Z**, ocupa en virtud de esa elección interna, el puesto 40^o en la lista para Lima. **X** intervino, por hipótesis, lo mismo que los otros 39 candidatos postulados en la elección interna que, por ello, se supone que, democráticamente respetará. Sin embargo, por virtud del voto preferencial, se lanza a hacer su campaña destinada a escalar posiciones en la lista. Lo mismo hacen los otros 39. ¿En qué quedaron las elecciones internas del Partido; en qué los convenios; en qué las asambleas; en qué, finalmente, los reglamentos y los estatutos que la Ley y la Constitución protegen? ¿No es esto un verdadero caos, una rebeldía organizada y fomentada que trae por tierra el sistema consagrado por los artículos 68, 69 y ss. de nuestra CM? ¿No vuelve este sistema del VP al Partido contra el Partido, a las “bases” contra la dirigencia, al candidato contra el candidato y al desborde emocional y la ambición contra los pactos válidamente contraídos, las leyes y las normas?

284

Considérese, por otro lado, que el artículo 68 de la CM concuerda, perfectamente, con los artículos 65, 69, 170, y 175, ya glosados y también con los artículos 70, y 75 y complementarios del mismo Cuerpo Legal.

- 14) Es cierto que el señor representante del Congreso de la República, doctor Valentín Paniagua Corazao, en su extenso y notable informe oral, pareció demostrar que el sistema de la cifra repartidora” no excluye necesariamente al VP. En este sentido, la bien articulada tesis del señor representante de los demandantes, doctor Roberto Ramírez del Villar, no pareció resistir los embates de la defensa. Sin embargo, la parte demandada, a mi juicio, no ha logrado destruir, pese a su sobresaliente y meritorio esfuerzo jurídico-dialéctico, todos los argumentos

susceptibles de sustentar la demanda y, entre ellos, tal vez algunos de los que se han esgrimido en este voto y que nos han llevado a la conclusión de que el VP no está arreglado a los preceptos constitucionales y materiales de la CM, ni tampoco el tercero —a nuestro juicio el más fuerte— de los argumentos de la demanda, como se indicará más adelante.

Los analfabetos

- 15) Estimamos, por otro lado, que el argumento en el sentido de que el VP atenta contra la igualdad del voto”, por suponerse que los analfabetos no pueden usarlo, no es definitivo ni suficiente. En efecto, las listas deben conocerse y difundirse muchos días antes de las elecciones de modo que no puede haber ningún inconveniente en que el analfabeto, perfectamente informado por la vía oral respecto de los nombres y números de candidatos, proceda a marcar su pre-selección en la Cámara Secreta. El único problema que puede existir es el de que el analfabeto no pueda dibujar un número, pero creemos que un analfabeto, con un poco de entrenamiento, no tendrá mayor dificultad en trazar unos palotes

Conviene recordar, a este respecto, que no es más difícil para el analfabeto, hacer la elección de la lista que hacer la de la preferencia. Su problema, en efecto, es exactamente el mismo en ambos casos: para elegir la lista como no sabe leer, tiene que depender, en última instancia, de la información oral. Lo mismo, exactamente lo mismo, ha de ocurrirle en el proceso de la selección de las preferencias, verbigracia depender de la información oral.

¿Cómo sabe, el analfabeto, que un símbolo dado corresponde a un partido igualmente dado? ¿Acaso aprenderá a leer para ello y, luego, al enfrentarse con la selección de las preferencias, sufrirá una crisis de amnesia? No, por cierto que no aprenderá a leer para una cosa, ni olvidará la técnica correspondiente para la otra. Sencillamente, hará lo mismo en ambos casos: asociar una imagen (en un caso, un dibujo convencional; en otro, un número -que, de paso, es más familiar y fácil de grabar en el caletre) con un partido o con una persona. **¡Eso es todo! no hay mayor misterio, en efecto, quien puede asociar —y no con mas esfuerzo—, sepa o no leer, un símbolo con un partido, puede, igualmente, asociar un numero con una persona.**

El argumento de la lesión del derecho de la “igualdad del voto” no parece, pues, ser muy fuerte sobre todo si se tiene en cuenta que la selección no tiene porqué hacerse a última hora y en la Cámara Secreta, donde, en verdad, todo se reduce —o puede reducirse— a hacer lo ya resuelto antes —mucho antes— seguramente, de entrar en ella.

Respecto de las complicaciones mecánicas expuestas por la parte demandante y relacionadas con el VP, si bien se trata de asuntos importantes pensamos que ellas no son tampoco cuestiones decisivas en lo que atañe a la constitucionalidad o inconstitucionalidad del VP.

También debe quedar muy claramente dicho que no estamos sosteniendo la conveniencia o inconveniencia del VP, sino que nos estamos refiriendo a si éste es o no, dentro del marco jurídico constitucional, peruano y vigente, aceptable, es decir constitucional o no.

Balance final

Haciendo un balance de las razones de las partes, se aprecia que de las tres grandes tesis de la demanda, dos parecen ceder ante el embate de la de la contestación: la entroncada en la “igualdad del voto, como derecho supuestamente lesionado por el VP, y la que sostiene que el sistema de la “cifra repartidora” repudia, por su propia naturaleza, el funcionamiento del VP. Queda en pie, a nuestro juicio, la tesis cifrada en los derechos constitucionales de los partidos a postular candidatos, estableciendo un orden de preferencia para así formar equipos de hombres destinados a cumplir la magna tarea del gobierno de los pueblos.

286

Sé que no hay ni habrá, en este campo harto filosófico, modo de convencer a muchos de los partidarios del VP. No pretendo hacerlo y admito, humildemente, que la tarea no es fácil. No pontifico, pues. Doy, con sus correspondientes razones, mi opinión y, a modo de síntesis quintaesenciada, agregaré lo siguiente:

El punto de apoyo inexpugnable de la tesis del VP, parece suponer el siguiente axioma:

El partido “proponer”, pero el pueblo (o la Nación, o la voluntad popular) “elige”.

Yo no discuto dicho “axioma”, sino que me pregunto que significan, en dicho contexto, los verbos “proponer” y “elegir” y cuál es el grado de participación de cada cual en el proceso.

- a) Al respecto, creo que, tratándose de la “plancha presidencial” y de “listas” de un solo candidato (o plazas unipersonales) “proponer” significa lo mismo que “lentejas”, porque o se toman o se dejan, pero no se puede “escoger” ni alterar o modificar dicho tipo de propuesta. En este caso, el elector se adhiere y apoya (que es lo que significan, exacta y precisamente, los verbos “votar” y sufragar”), o no lo hace. No existen pues, **ofertas** para que el elector escoja entre diferentes opciones —que no las hay, por definición— de cada agrupación política. En estos supuestos, las opciones se dan sólo entre las propuestas de las distintas agrupaciones, pero no en el interior de cada una de ellas. En suma, en el caso de

la plancha presidencial y de la vacante única, proponer es “postular” a una persona determinada y con nombre propio para una plaza determinada, y la función de “elegir” se reduce consecuentemente, a apoyar, adherirse o respaldar, pero no permite “escoger”.

- b) Si fuera consustancial con el sistema constitucional peruano el derecho de “escoger” entre opciones partidarias, no se comprendería —y resultaría inconstitucional— el procedimiento señalado en la párrafo anterior que, sin embargo, y de hecho, existe para la plancha presidencial y los distritos electorales con una sola plaza disponible y cuenta, pues, con el amparo constitucional correspondiente. Así queda descartada la tesis basada en la exigencia de “ofertas” que, como se ve la Constitución no exige como condición **sine qua non** del proceso.
- c) Tratándose de “listas” con más de un candidato “proponer” quiere decir “postular” a una persona, con nombre propio y apellido, para el caso de obtenerse sólo una plaza; y más (dos, tres diez, etc., etc.) para el caso de obtenerse cualesquiera de esos números mayores y aleatorios, pero siempre con nombre propio y dentro de un orden jerárquico, pues ello fluye no sólo de los artículos 68, 69 y concordantes de la Constitución, sino también de lo expuesto en los párrafos anteriores, ya que **no se ve por que** el sistema habría de variar esencialmente en el caso de las listas “plurinominales”, es decir, porque lo que es, en el supuesto analizado en los párrafos precedentes, la regla constitucional, en este supuesto deba ser anatema o deba convertirse, en cualquier caso, en cosa repudiable o constitucionalmente indeseable o vitanda.

287

Es más, sin discutir, dentro de su ámbito, el derecho del pueblo a elegir, no se puede negar que quienes postulan, según el artículo 69 de la Carta Magna, son los partidos, de modo que, en cualquier caso, los **elegidos tienen que haber sido previamente postulados** (no interesa, en este examen, el 2do. párrafo del mencionado artículo 69 de la Carta Magna). Ahora bien, son los partidos quienes, con arreglo a la tradición, las costumbres y las propias reglas constitucionales glosadas, entienden que postular es proponer, según un orden jerárquico, es decir, aspirar, según el número de plazas que resulten obtenidas, a colocar a personas con nombres propios, solamente hacer ofertas abiertas para satisfacer un mercado incommensurable.

Si un partido propone, por ejemplo, a A, B, ... Z, y lo hace en ese orden, para el caso de obtener hasta 28 plazas, y sólo obtiene una, ¿acaso no es evidente que el “postulado” es A y no B ni C, D ni Z? Y, entonces, si, con el VP resulta elegido Z, ¿no será cierto que el elegido no es el “postulado” por el Partido, y que, en consecuencia, el artículo 69 de la Carta Magna ha quedado violado? parece que sí.

En resumen, si “elegir” es apoyar o no a alguien previamente postulado, y nada impide, constitucionalmente, a los partidos las postulaciones plurinominales jerarquizadas, y, antes bien todo (la tradición, la Constitución, los principios generales del derecho, etc.) las alienta y protege, ¿como sostener que el VP que interfiere y destruye, en verdad, el sistema de las listas jerarquizadas, sí es constitucional? **No** vemos cómo pueda contestarse afirmativamente a esta pregunta. Recuérdese que basta una sola para subvertir completamente el orden de una lista.

En efecto, si tomamos como ejemplo a Lima, que tiene 40 plazas, bastará el derecho a una sola preferencia, no sólo para que el último (cuadragésimo) resulte primero, sino para que el orden total se invierta y para que, por ejemplo, de entrar diez candidatos, éstos sean los que van, regresivamente, del 40 al 31. ¿Es así como se contribuye a que los partidos formen sus equipos de gobierno? ¿Es así como se respetan los artículos 68, 69 y concordantes de la Constitución del Estado?

Parece que no.

Al concluir este voto, pienso que, dadas las circunstancias y la idiosincrasia nacional, es saludable y justo aclarar, como ahora lo hago, que mi opinión no pone —ni puede hacerlo— en tela de juicio la buena fe de ninguna de las partes, ni tampoco el derecho inalienable e intangible del Congreso de entronizar en nuestro sistema político-electoral el denominado voto preferencial. Lo que sí creo es que, para hacerlo, si así lo decidiese, el procedimiento correspondiente sería el señalado en el artículo 306 de la Carta Política. Admito también, de paso, que hasta donde conozco y han llegado las encuestas, una buena e importante parte de la opinión pública, incluyendo a expertos en derecho y personas de indiscutible autoridad, califican al voto preferencial de “verdadera conquista electoral”.

AGUIRRE ROCA

Lo que certifico:

Manuel Visalot Chávez.

Secretario-Relator.

VOTO PREFERENCIAL

LOS FUNDAMENTOS DEL VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR OSWALDO A. RODRIGUEZ MANTILLA, SON POR QUE SE DESESTIME LA DEMANDA, POR LAS SIGUIENTES CONSIDERACIONES:

I.- LA DEMANDA

La acción de inconstitucionalidad impugna la segunda parte del artículo 10° de la Ley No. 23903, en cuanto a que “la elección de Diputados y Senadores, se hace con voto preferencial opcional”; esto es, que se refiere al acto mismo del sufragio que es personal e indelegable; impugna el artículo 11° de la citada Ley que se refiere al acta de escrutinio; todo el artículo 12° que se refiere a la forma de hacer el cómputo en favor de cada candidato y al caso de no existir votos preferenciales marcados; y al artículo 20° que se refiere propiamente a la cédula de sufragio y al propio voto preferencial.

Se alega:

1°) Que el voto preferencial es repudiado; 2°) Que el problema del sufragio es la encrucijada de la democracia y que si no se resuelve correctamente se desmorona el sistema; 3°) Que el voto preferencial viola la Constitución; 4°) Que se viola el requisito de la igualdad en el voto; 5°) Que los votos preferenciales pueden ser acumulados en favor de un solo candidato a Diputado o Senador; 6°) Que es un doble voto simultáneo; 7°) Que el carácter optativo es engañoso, ya que el analfabeto no podrá hacer uso de esa opción; 8°) Que afecta contra la representación proporcional; 9°) Que atenta contra el orden de la lista cerrada; ya que el orden de colocación constituye una graduación de sus necesidades y de las calidades del candidato; 10°) Que el elector ya estaba acostumbrado a votar por una lista.

289

II.- EL VOTO EXPRESIÓN DE VOLUNTAD POLÍTICA

Conforme a la doctrina constitucional del derecho político subjetivo, el voto es expresión de voluntad política, gracias al cual el ciudadano delega su potestad de gobernar, en uno si se trata de la elección del Presidente de la República o en varios si se trata de integrar el Poder Legislativo.

El voto es pues, manifestación y expresión del acto constituyente, gracias al cual el pueblo soberano se organiza en Estado y renueva sus poderes. Sólo el ciudadano es sujeto de derechos políticos; ya que ciudadano conforme a la concepción de Rafael Bielsa, es el nacional con derechos políticos; por eso el artículo 65° de la Constitución

del Estado establece con claridad sus requisitos; así como las calidades inherentes al voto: igual, secreto, libre y obligatorio hasta la edad de 70 años.

El sufragio es el acto por medio del cual el Poder Constituyente, usa el poder que le corresponde y se ejercita a través del voto, como suprema expresión de voluntad política. El voto es el derecho ineludible, inherente a la racionalidad y perfectibilidad moral del hombre, generador de la verdadera soberanía popular.

III.- EL VOTO PREFERENCIAL

El voto preferencial que instituye la Ley No. 12903, es expresión auténtica de la voluntad política del elector, gracias al cual el ciudadano puede cumplir con lo que norma el artículo 64° de la Constitución; norma que consagra la garantía constitucional contenida en el Inc. 16° del artículo 2° de la Constitución, esto es; que el ciudadano tiene derecho a participar en la vida política nacional: así

- 1.- Conforme a lo que prescribe la segunda parte del artículo 10° de la Ley No. 23903, el voto preferencial es opcional, y si no se hace uso de él, no se anula el voto, como lo puntualiza la última parte del artículo 20° de la citada ley; lo que garantiza en cierta forma el triunfo de los primeros de la lista, que es confeccionada por el partido o agrupación política respectiva.
- 2.- Con el sistema de votar por la lista, el ciudadano inscrito o no en un partido político, está obligado en cierto modo, a votar por los primeros de la lista, que son los verdaderamente favorecidos en orden a la prelación en que están colocados. Esto es, que la selección y designación de los candidatos lo hace el partido y no el elector, que es quien ejerce el derecho de sufragio y por medio del voto expresa su voluntad política. La voluntad política del elector con este sistema queda burlada, pues bien puede repudiar a los primeros de la lista, por quienes ineludiblemente vota impuesto por el sistema.
- 3.- El voto así efectuado, consagra el triunfo o elección de la cúpula o aristocracia partidaria, las mismas que siempre existen en toda agrupación política, muchos de los cuales no merecen la confianza o voluntad política del elector, que es quien unge al candidato. Por otro lado, la confección de la lista por el partido, siempre es objeto de lucha interna y muchas veces logran colocarse en los primeros lugares, los que aportan mayores sumas de dinero, que pone en situación desventajosa, a quienes carecen de ello y aspiran la representación parlamentaria; y lo que es más, colocados en los primeros lugares de la lista, poco les interesa la propaganda por el partido, porque tienen la seguridad de alcanzar las curules; lo que atenta contra el principio de la igualdad.

- 4.- **Con el voto preferencial en cambio**, el elector goza de la facultad de realizar verdaderamente el acto del sufragio, así:
- a) Al votar por la lista del partido, lo hace así mismo por su ideología o programa político;
 - b) Al señalar dentro de la lista del partido a dos de su preferencia, está manifestando plenamente su voluntad política, por cuanto dentro del total de candidatos que presenta el partido o agrupación política, selecciona a los que merecen su voluntad política. El ejercicio del derecho de sufragio se hace así más libre y democrático y los electos expresan mejor la voluntad del electorado.
 - c) El voto preferencial así emitido, no sólo constituye la manifestación más auténtica de la voluntad política de elector, sino que consagra el ejercicio de la democracia dentro del partido, cumpliendo el principio de la libertad en el sufragio, que contiene el tercer párrafo del artículo 65º de la Constitución del Estado, y como tal decisión se hace en la cámara secreta, se cumple con el requisito de que el voto sea secreto.
 - d) Al no votar por los primeros de la lista, esto es por la cúpula partidaria; el elector designa a los mejores de la lista por la cual vota; hecho que no socava la disciplina partidaria; muy por el contrario sale fortalecida por cuanto se respeta verdaderamente la voluntad política del electorado.
- 5.- El voto preferencial no limita a los partidos en cuanto al orden de prelación de la lista; sino permite que los candidatos más votados en preferenciales, integren por voluntad mayoritaria de los electores, las cámaras de representantes; sin que ello implique dejar de hacerlo por la ideología o programa político del partido, ya que todos los ungidos pertenecen al mismo partido político o agrupación respectiva.
- 6.- Con el voto preferencial, el orden de prelación de los elegidos, lo determina el número de votos preferenciales, con lo cual la voluntad política de los electores se consagra y la democracia interna del partido se robustece; ya que los electos representan verdaderamente la voluntad política del electorado.
- 7.- No siendo obligatorio sino opcional el voto preferencial, no perjudica ni a la lista que confecciona el partido, ni al sistema democrático partidario; ya que quien no vota por preferenciales, está implícitamente votando por los primeros de la lista partidaria, en cuya virtud la voluntad política del elector siempre queda consagrada.

- 8.- La voluntad política manifestada en el voto preferencial, es el sustrato del acto jurídico inherente al hombre que alcanza el derecho de ciudadanía y **esa voluntad política, sinónimo de libre determinación**, queda virtualmente consagrada, cumpliéndose así mismo el principio contenido en el artículo 81o. de la Constitución, cuando expresa “Que el poder emana del pueblo”.

IV.- CONSTITUCIONALIDAD DE LAS NORMAS LEGALES IMPUGNADAS

Las normas contenidas en la Ley No. 23903 a que se refiere la acción de inconstitucionalidad, están enumeradas en la demanda; sin que se exprese con precisión, qué normas constitucionales infringen o violan cada una de las normas que se impugna; ya que una Ley o precepto legal, solamente es impugnable cuando viola o infringe una norma constitucional o un derecho protegido por la Constitución como lo prescribe el inciso 1) del artículo 20° de la ley No. 23385 “Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales”; lo que lleva a comprender que la voluntad del legislador expresada en la Ley es inferior a la voluntad del pueblo, expresada en la Constitución.

Para verificar la acción de inconstitucionalidad contra una Ley, o contra parte de ella; no urge mayormente de pruebas o gran amplitud del debate; para establecerlo, basta confrontar la norma impugnada, con el precepto o norma constitucional que se alega violada o infringida; de allí la necesidad de puntualizar en la demanda, qué disposiciones constitucionales violan la norma impugnada.

292

Si el voto es la expresión auténtica del derecho político subjetivo del ciudadano, ejecutarlo es un deber inherente a la naturaleza humana, por lo que al hacerlo debe estar rodeado de la más absoluta libertad y secreto, como lo norma el tercer párrafo del artículo 65o. de la Constitución. Cuanto más libertad tenga para escoger los candidatos por los que vota, más auténtica es la voluntad política del elector y mejor cumple la norma del artículo 81o. de la Carta Magna, esto es, que el poder emana del pueblo.

El legislador por ser un mandatario del Poder constituyente que es el pueblo, está sujeto al control de la razonabilidad al dictar las leyes. Conforme a dicho principio jurídico, las leyes deben ser inequívocamente los medios adecuados (razonables) para el cumplimiento de los propósitos, objetivos y fines de la Constitución; la misma que dentro del ordenamiento jurídico del Estado, actúa como **Ley vital**; ya que la razonabilidad es en el concepto de Juan Francisco Linares, la garantía genérica con mayor extensión que la del debido proceso norteamericano.

Las normas legales impugnadas, cumplen el principio de la razonabilidad; así como el de aplicabilidad, conforme al cual la Ley debe adecuarse a la realidad política, social

y económica que vive el pueblo y es congruente, ya que al normar el proceso de la emisión del voto lo rodea de mayor garantía y respeta la voluntad política del elector al permitirle designar dentro de la lista de su partido, a los candidatos que considera dignos de dicha voluntad.

Si la razonabilidad de la Ley, es la adecuación de todos los factores y contenido, con el sentido y espíritu de la Constitución; significa esto que, todos los elementos tenidos en cuenta por el legislador, como los medios elegidos y los fines propuestos, deben de guardar una proporción entre sí (razonables) que exprese la subordinación de la Ley a la Constitución y tal subordinación es evidente en el contenido de los artículos de la Ley No. 23903 que se impugna.

El voto preferencial no es repudiable, ya que tal repudio nunca se ha manifestado, tanto porque sólo se ejercitó para la elección a la Asamblea Constituyente; cuanto por que al ponerse en práctica permitió que a la Constituyente llegaran ciudadanos que en el orden de prelación de cada lista jamás habrían logrado.

Si los votos preferenciales fueran acumulados por un solo candidato, los demás que se eligen son los primeros de la lista en el orden en que estén colocados y sólo hasta completar el número de blancas que le asigne la cifra repartidora, como prescribe la segunda parte del artículo 20° de la Ley No. 23903; sin que con ello se atente contra la representación proporcional, ya que el número de curules asignados a cada lista por la cifra repartidora, es igual, con votos preferenciales o sin ellos; con la diferencia que sin el voto preferencial, entran los primeros de la lista; con el voto preferencial entran los que la voluntad de los electores quiere.

Tampoco implica voto simultáneo el preferencial, ni menos voto múltiple, ya que al emitir el voto por la lista, el elector señala dentro de ella a los candidatos que merecen su voluntad política, y como tal ésta se expresa libre y en forma secreta. Con este sistema se permite al elector expresar libremente su voluntad política y lo libera del sometimiento de hacerlo por los primeros de la lista, consagrando el principio de que el poder reside en el pueblo, como lo puntualiza el artículo 81o. de la Constitución; lo que contribuirá a consolidar el sistema democrático en el Perú.

Por estas consideraciones, mi voto es porque no procede amparar la demanda de inconstitucionalidad formulada, respecto de los artículos 10°, 11°, 12° y 20° de la Ley No. 23903; ya que para lograr el imperio de la Constitución, es preferible equivocarse en su favor y no acertar en su contra. Solo así se construye la justicia.

Arequipa, 8 de Febrero de 1985

RODRIGUEZ MANTILLA

Lo que certifico:

Manuel Visalot Chávez.

Secretario-Relator.

**FUNDAMENTOS DEL VOTO DEL MAGISTRADO
DOCTOR LUIS OSORES VILLACORTA EN LA ACCIÓN DE
INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 10º, PARÁGRAFO
2, 11º, 12º y 20º DE LA LEY No. 23903.**

CONSIDERANDO:

Que tanto en el Preámbulo como en el artículo 1o. de la Constitución Política del Perú se proclama la primacía y el fin supremo de la persona humana y de sus derechos de validez universal, anteriores y posteriores al Estado;

Que para pronunciarse el juzgador sobre la constitucionalidad del voto preferencial tiene que tener en cuenta los principios que norman el derecho nacional en materia de la participación ciudadana en los asuntos políticos, “directamente o por medio de representantes libremente elegidos en comicios periódicos, y de acuerdo con las condiciones determinadas por ley”, según prescribe el artículo 64º de dicha Carta;

Que esa participación en la vida pública se cumple particularmente mediante el ejercicio del Voto, que es “personal, igual, libre, secreto y obligatorio hasta los setenta años”; el mismo que en las elecciones pluripersonales se realiza con representación proporcional, **“conforme al sistema que establece la ley”**.

295

Que en consecuencia, cualquier sistema electoral que se ejercite mediante la representación proporcional y con voto que reúna tales características no puede ser tachado de inconstitucional;

Que los partidos políticos o alianza de partidos, así como las agrupaciones no partidarias postulan candidatos, estas últimas dentro de los requisitos de ley, realizan una actividad de gran trascendencia política, especialmente los primeros, cuya misión señala el artículo 68º de nuestra Carta;

Que a pesar de sus delicadas funciones y la responsabilidad consiguiente de los Partidos Políticos, el Perú no tiene todavía una Ley Orgánica de Partidos Políticos, como ocurre en otros países, lo que explica que en el seno de ellos puedan desarrollarse desajustes democráticos y actitudes que, de hecho, hagan inoperante en todo o en parte sus ideologías y programas por motivos diversos;

Que la postulación de candidatos para elecciones populares por el sistema de representación proporcional y en lista cerrada, sin que se conceda el voto preferencial, tiene el inconveniente de que en último término no sea el cuerpo electoral quien verdaderamente elija sino los dirigentes de las respectivas agrupaciones, dado que el

electorado no tiene más opción que el de escoger una lista con el orden de candidatos preestablecido;

Que conforme a la ley 23903 el elector tiene derecho para designar dos candidatos con voto preferencial dentro de la lista que escoja, con lo que no se altera el sistema de listas cerradas; siendo de advertir que esta opción no es mayormente aprovechada, por razones obvias;

Que el voto preferencial y opcional ejercitado por los analfabetos no es por sí mismo imposible de emitir, dados los actuales medios de difusión y publicidad y la acción divulgadora de los mismos candidatos, voto que representa indudablemente el convencimiento de que los preferidos merecen la representación de aquel que lo emite;

Que por otra parte el porcentaje de analfabetos, según estadísticas recientes, gira alrededor del 10% del cuerpo electoral, y el error en que incurran se compensa con la mayor opción democrática que se concede a los demás electores, para mejorar la posición de dos candidatos dentro del orden de su colocación en lista;

Que no es cierto que los electores con el voto preferencial añadan más votos a la respectiva lista, dado el registro y cómputo separado de votos;

296

Que a las consideraciones anteriores hay que agregar una de carácter general, ya expresado en autos: los Partidos no tienen constitucionalmente la exclusividad de seleccionar candidatos y mediante una selección, imponerlos a los electores, que son en última instancia los destinatarios del poder, pues si no fuese así, el régimen político se estaría acercando a lo que Loewenstein llama “tiranía de las desenfrenadas fuerzas pluralistas” y más tarde, como reacción, a un indeseable “liderazgo autoritario del Estado”.

Que por tanto, se interpreta bien el espíritu de la Constitución Política al aplicarla en el sentido de encontrar, en última instancia, el equilibrio entre la libertad del individuo y la autoridad del Estado, en cuanto no paralice su acción;

Que esa difícil tarea de hacer funcionar la Constitución dentro de su más elevado sentido, es tarea propia de los legisladores y de los políticos en general; por eso al aplicar la Norma a los casos concretos, los magistrados deben inspirarse no sólo en el propio texto de ella sino en el espíritu que le ha dado vida y en su adaptación necesaria a la realidad a que se aplica.

Por estas consideraciones: mi Voto es porque se declare infundada la acción de inconstitucionalidad por el fondo de los artículos 10º, parágrafo dos, 11º, 12º, y 20º de la Ley 23903 dentro de los extremos que se precisan en la demanda.

OSORES VILLACORTA

Lo que certifico:

Manuel Visalot Chávez.

Relator-Secretario.

Expediente 001-87-I/TGC

Proceso de inconstitucionalidad interpuesto por 21 senadores contra la Ley 24617 y el Decreto Legislativo 371. El Tribunal emitió un pronunciamiento.

Fecha de emisión: 24 de setiembre de 1987

Resumen: Demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra la Ley 24617 y el Decreto Legislativo 371. La sentencia resume el desarrollo normativo relacionado con la norma cuestionada: Inicialmente se emitió la Ley 24294 que autorizó al Poder Ejecutivo para que, mediante Decreto Legislativo y en el plazo de noventa días, dictase y promulgase la Ley Orgánica del Ministerio Público, Ley de Bases, Ley Orgánica de las Fuerzas Policiales, y Ley del Sistema de Inteligencia Nacional. Luego se emitió la Ley Ampliatoria 24416 que aumentó el plazo 30 días más a los 90 ya asignados. Producto de este aumento de plazo, se emitió el Decreto Legislativo 371 cuestionado en la demanda.

299

Se precisó en la sentencia que se tomó en cuenta, como sistema de plazos, los días hábiles. Se resume la posición de la parte demandante, esta advirtió que se debió de contabilizar en días calendarios, razón por la cual las normas cuestionadas fueron emitidas fuera del plazo señalado mediante Ley 24294 y Ley 24416, Ley Ampliatoria. Asimismo, que el Decreto Legislativo 371 facultó al Ministerio Público para determinar quiénes de la policía pasarían a retiro, así como, que el Decreto mencionado identificó a las fuerzas policiales de ser de carácter profesional no militar y de estructura funcional jerarquizada.

El Tribunal de Garantías Constitucionales señaló que el sistema de plazos, en el ámbito de los órganos de administración de justicia, se encontraba determinado en el Reglamento de Normas Generales de Procedimiento Administrativo. Y, en concordancia con los plazos administrativos señalados por días hábiles, entonces debió computarse por días hábiles excluyendo feriados y, excepcionalmente, aquellos que se señalasen. Además que la Ley rige sin interrupciones ni suspensión alguna desde la fecha señalada para su vigencia; sin embargo, la Ley 24294 y la Ley 24416 no fueron cuestionadas de inconstitucionales.

De todas maneras, el Tribunal concluyó que estas leyes establecieron un plazo global de 120 días que se contarían solo de lunes a viernes, según como se determinó en la Administración Pública. El plazo comenzó a correr el día 16 de febrero de 1985 y culminó el día 6 de febrero de 1986. El Decreto Legislativo 371 fue emitido el día 4 de febrero de 1986, por lo que conservó plena validez según este órgano constitucional.

Respecto de la inconstitucionalidad formal que se presenta en la demanda, señaló la sentencia que no se llegó a demostrar la contradicción con la Constitución de 1979 sobre el pase al retiro del personal policial por invitación con fines de renovación ineludible que prescribió el artículo 42 del Decreto Legislativo 371. En tanto que los integrantes de las Fuerzas policiales no podían estar sometidos al régimen de estabilidad laboral de los trabajadores del sector privado, ni al régimen que amparó a los demás trabajadores del sector público, como tampoco al de los señores magistrados del Poder Judicial, a quienes el artículo 242 de la Constitución de 1979 garantizó su permanencia en el servicio hasta los setenta años de edad y la inmovilidad en el cargo, además que tenían que estar sometidos a un régimen excepcional, semejante al de las Fuerzas Armadas, que la misma Constitución pasada puntualizó expresamente, según indicó la sentencia.

300 Además, se afirma que tampoco se demostró que la consideración de las Fuerzas Policiales como de carácter profesional no militar y de estructura funcional jerarquizada contravenía la Constitución, sino que, más bien, la misma constitución señala diferencias entre las Fuerzas Policiales y las Fuerzas Armadas. Aúna esta sentencia, la idea de que el Decreto Legislativo cuestionado no privó al Presidente de la república como jefe de las Fuerzas Policiales, según como señalaron los demandantes; sino que, al ser parte, las Fuerzas Policiales, de la estructura orgánica del Ministerio del Interior y, por conducto del concejo de ministros, el Ministerio del Interior integró el Poder Ejecutivo, siendo este dependiente del Presidente de la república, entonces las Fuerzas Policiales tenían como jefe Supremo al Presidente de la república.

Respecto de la cuestionada disposición del Decreto Legislativo 371 que expresó: “las Fuerzas Armadas y las Fuerzas Policiales están exceptuadas de ejercer el derecho de petición en referencia”, el Tribunal afirmó que esto se encontró en concordancia con el artículo 274 de la Constitución de 1979, además que tiene como propósito el de perfeccionar la organización de las Fuerzas Policiales e incrementar su eficacia, según como lo señaló el Poder Ejecutivo en su defensa.

El sentido del fallo de la sentencia fue que se declaró infundada la demanda sobre inconstitucionalidad del Decreto Legislativo 371, así como del artículo primero y tercero de la Ley 24617. Además, no se alcanzó el número mínimo de 6 votos conformes respecto del extremo de la demanda relativo al artículo 2 de la Ley 24617.

En la sentencia se presentaron dos votos singulares. El voto del magistrado Carlos Basombrío Porras señaló que el sistema de plazos que rigió para contabilizar los días fue el de días hábiles, además que la Ley Ampliatoria 24416 efectuó interpretación auténtica de la Ley 24294, en tanto que considera que el plazo debe computarse según días hábiles, caso contrario, esta misma ley hubiese sido emitida extemporáneamente. Respecto del cuestionamiento de la Ley 24617, señaló que en tanto no proceda ninguna acción administrativa ni judicial contra las disposiciones expedidas al amparo de la Ley 24294, se viola el derecho de petición. Si bien es coherente con la regulación de las Fuerzas Policiales como de las Fuerzas Armadas, se debería exceptuar a quienes hayan cesado en el cargo y pasado al retiro. Concluye que se debió declarar infundada la demanda de inconstitucionalidad del Decreto Legislativo 371 y fundada la demanda de inconstitucionalidad de la Ley 24617.

El otro voto singular le perteneció al magistrado Jaime Diez-Canseco Yañez, quien señaló que: “Cuando el Poder Ejecutivo, asume el rol de legislar, no realiza acto administrativo alguno sino legislativo y sólo le son aplicables los términos constitucionales a tal efecto, es decir, el plazo se cuenta por días calendarios”. Asimismo, sustentó que el artículo 19 de la Ley 23385, Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales, preceptuó que este garantiza mediante el procedimiento que contempla la primacía de la Constitución; por consiguiente: declara si son constitucionales o no, por la forma o por el fondo, tanto las leyes como los Decretos Legislativos, entre otros, que son objeto de la “acción de inexigibilidad”.

Siendo así, para el magistrado citado se debe haber declarado fundada la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra el Decreto Legislativo 371.

Temas clave: Defensa Nacional — orden interno — Policía Nacional — sector público — trabajadores.

TRIBUNAL DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

EXP. No. 001-87-/TGC

CASO: DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD, PLANTEADA POR 21 SEÑORES SENADORES, CONTRA LA LEY No. 24617 Y DECRETO LEGISLATIVO No. 371

SENTENCIA

En Arequipa, a los veinticuatro días del mes de setiembre de mil novecientos ochenta y siete, en sesión de Pleno Jurisdiccional, con asistencia de los señores:

Peláez Bazán, Presidente;

Corso Masías;

Basombrío Porras;

Diez-Canseco Yáñez;

Centurión Vallejo;

Valenzuela Astete; y

Díaz Valdivia.

302

No habiendo intervenido los señores León Seminario y Aguirre Roca por razones de salud; actuando como secretaria la Señora Gabriela Guillén Fernández, pronuncia la siguiente sentencia en mayoría, con el voto singular del señor Basombrío Porras y el voto discordante del señor Diez-Canseco Yáñez, en la causa vista en audiencia pública el día de la fecha, tras haber deliberado en privado.

ASUNTO:

Demanda de Inconstitucionalidad interpuesta por veintiún señores senadores de la Republica, contra la Ley veinticuatro mil seiscientos diecisiete (Expedida por el Poder Legislativo) y el Decreto Legislativo número trescientos setentuno (Expedido en el Poder Ejecutivo).

ANTECEDENTES:

1°.- **Interpretación de la parte demandante:** Los accionantes en su escrito de demanda manifiestan que las leyes aludidas son inconstitucionales:

1.- Porque el Congreso al dar la Ley veinticuatro mil doscientos noventa y cuatro, autoriza al Poder Ejecutivo para que mediante Decreto Legislativo y en el plazo de noventa días dicte y promulgue la Ley Orgánica del Ministerio Público, Ley de bases, Ley Orgánica de las Fuerzas Policiales, y Ley del sistema de Inteligencia

Nacional. Esta Ley en cuanto a su plazo es ampliada por la Ley veinticuatro mil cuatrocientos dieciséis, que adiciona a los noventa días, treinta días más.

Aducen, que el Poder Ejecutivo, ha legislado sobre las materias objeto de la Delegación al expedir el Decreto Legislativo trescientos setentiuono, pero no en el término especificado por la Ley veinticuatro mil doscientos noventinueve, porque el cómputo no se hizo como días calendarios sino tomando en cuenta los días hábiles de lunes a viernes, y además:

- a) Que el artículo cuarenticuatro de la Constitución del Estado, determina que la jornada de trabajo es de ocho horas diarias y cuarentiocho horas semanales, de lunes a sábado, siendo el único día feriado el domingo.
- b) Que es política del actual Gobierno que las oficinas públicas trabajen los días sábados, lo que está ordenado y se cumple, y que, por tanto, los días sábados son hábiles.

Con esa óptica, estiman que la norma constitucional y la disposición gubernamental son suficientemente claras y el computo debía incluir todos los días calendarios, esto es: que la Ley veinticuatro mil doscientos noventicuatro entra en vigencia el dieciséis de agosto de mil novecientos ochenticinco, por noventa días, que debían vencer el trece de noviembre de mil novecientos ochenticinco, y que la Ley ampliatoria, veinticuatro mil cuatrocientos dieciséis, debía entrar en vigencia el veintiuno de diciembre de mil novecientos ochenticinco, por treinta días, lapso que debían vencer el diecinueve de enero del mil novecientos ochentiséis.

- c) Que el artículo ciento noventicinco de la Constitución dice que “la ley es obligatoria desde el décimo sexto día ulterior a su publicación en el diario oficial, salvo, en cuanto al plazo, disposición contraria de la misma Ley”, como es el caso, cuando señala, que la Ley entra en vigencia “al día siguiente de su publicación” sin aclarar si éste día en que se dice, comenzaba su vigencia, era hábil o calendario; puesto que la Ley veinticuatro mil ochocientos dieciséis, se publicó un día viernes sin que se haya pretendido en forma alguna —me agrega— que entrar en vigencia el próximo día hábil, vale decir el día lunes, sino que entró en vigencia el día sábado veintiuno de diciembre de mil novecientos ochenticinco.
- d) Que las leyes veinticuatro mil doscientos noventicuatro y veinticuatro mil cuatrocientos dieciséis, son leyes temporales y que no pueden admitirse que tuvieron vigencia sólo los días hábiles y que los días sábados, domingos y

feriados, quedaran en suspenso ya que a nadie se le ha ocurrido que en días festivos no se aplique la ley, se suspenden sus efectos, y que éstos, sean retomados el primer día hábil de la semana.

Se concluye:

- a) Que la Ley ampliatoria veinticuatro mil cuatrocientos dieciséis fue expedida treintiséis días después de que la Ley autoritativa número veinticuatro mil doscientos noventa y cuatro mil doscientos noventa y cuatro, había perdido su vigencia.
- b) Que el Decreto Legislativo trescientos sesenta y uno, fue expedido dieciséis días después de que la Ley ampliatoria veinticuatro mil cuatrocientos dieciséis, había perdido su vigencia o sea expirado su término legal.

2°.- Porque se han violado los principios Constitucionales señalados en el preámbulo de nuestra Carta Magna como aquellos que invoca : “creyentes de la primacía humana y en que todos los hombres son iguales en dignidad, tienen derechos de validez universal, anteriores y superiores al Estado”; “el trabajo, es deber y derecho de todos los hombres y representa la Base del Bienestar Nacional”; lo mismo que los artículos primero, “La persona humana es el fin supremo de la Sociedad y del Estado. Todos tienen obligación de respetarla y protegerla”; cuarentidos y cuarentiocho “el Estado reconoce el derecho de estabilidad en el trabajo. El trabajador sólo puede ser despedido por causa justa señalada en la Ley y debidamente comprobada”; y el artículo doscientos setentiocho, en su artículo cuarentidos, por cuanto — afirman— desconocen, contravienen y conculcan los preceptos constitucionales señalados al determinar que dentro del territorio nacional existe un conjunto de peruanos a los cuales el Poder Ejecutivo, mediante el Ministerio del Interior, puede despedir en cualquier momento, aún cuando no exista causa justa señalada por la Ley; y sin que se necesario que ella se compruebe debidamente, usando estos argumentos:

- a) que los policías, son personas humanas anteriores y superiores a los intereses del Estado, no pudiendo invocarse los intereses del Estado, no pudiendo invocarse los intereses del Estado antes que la defensa de las personas.
- b) que, la relación de las fuerzas policiales con el Estado, constituye en una relación de trabajo y genera derechos y obligaciones, y por tanto, estabilidad laboral para dichos trabajadores.
- c) que el derecho defensa es una constante constitucional por el que, previo a cualquier acto por parte del empleador, en que se pretenda el despido de un

trabajador, éste deberá formular su correspondiente descargo —derecho de defensa—.

Y concluye en relevando:

- a) que, el Poder Ejecutivo, mediante el Decreto Legislativo trescientos sesentiu-no, ha establecido normas destinadas a conculcar el derecho al trabajo que asiste a los miembros de las Fuerzas policiales.
- b) que se limita el derecho defensa de los policías, sin que haya previamente proceso o investigación, al darle amplias facultades al Ministerio del Interior para que determine quiénes son los policías que pasarán al retiro.

3°.- Porque el artículo quinto del Decreto Legislativo trescientos setentiu-no, establece que las fuerzas policiales son de carácter profesional **no militar** y de estructura funcional jerárquica.

Consideran:

- a) que, si bien es cierto las fuerzas policiales poseen un régimen especial, también es cierto que la Constitución en su capítulo trece, reconoce el derecho de que los miembros de aquéllas sean oídos y sometidos a la autoridad competente y de que el Poder Judicial es el único capaz de privar de derechos a los policías por sentencia judicial.
- b) que los artículos segundo, inciso dieciocho; sesentisiete, doscientos setentiocho; doscientos ochentidós; doscientos ochenticuatro; y doscientos ochenticinco de la Constitución, alcanzan por igual a las fuerzas Policiales sobre prohibiciones y derechos expresados en los mismos artículos.
- c) que los artículos doscientos uno y doscientos setentitres de la Constitución, señalan que el Jefe Supremo de la fuerzas Policiales es el Presidente de la República; y

Que en consecuencia:

- a) el artículo quinto del Decreto Legislativo trescientos setentiu-no, al referirse a las fuerzas policiales como **no militares**, está haciendo una distinción mediante Ley donde los preceptos Constitucionales —ya señalados— no distinguen.
- b) que al reconocer que el Presidente de la Republica es el Jefe Supremo de la Fuerzas Armadas y Policiales, se entiende que ambas Instituciones son de naturaleza castrense, lo que no se ha establecido lo mismo, en cambio, para otras instituciones también jerarquizadas como la Policía Municipal, Clero o Bomberos.

4°.- Porque mediante la Ley veinticuatro mil seiscientos diecisiete, se conculca el artículo segundo, inciso dieciocho, de la Constitución, cuando se prohíbe el derecho de recurrir ante la autoridad competente a los integrantes de las fuerzas policiales. Así como al artículo ciento ochentiseis, inciso primero de la Carta, cuando mediante la Ley veinticuatro mil seiscientos diecisiete, el Congreso interpreta la Ley, es derogada como la Ley veinticuatro mil cuatrocientos dieciséis y veinticuatro mil doscientos noventa y cuatro, lo que lleva a la parte a sostener.

- a) que, la Ley veinticuatro mil doscientos noventa y cuatro, ya había sido derogada por el transcurso del tiempo, lo que en doctrina se conoce como “Derogatoria material de la Ley” y se hacía mal en dictar otra -veinticuatro mil seiscientos diecisiete- interpretativa, cuando aquélla ya había fenecido, y
- b) que, no es constitucional ni legal la aplicación retroactiva de la Ley veinticuatro mil seiscientos diecisiete, por no ser materia Penal, Laboral o Tributaria y que en modo alguno es favorable a los miembros de las Fuerzas Policiales afectadas,

5°.- Porque la Ley veinticuatro mil seiscientos diecisiete, contraviene lo dispuesto en el artículo ciento noventa y cuatro de la Constitución Política, cuando fue aprobada sin contar con más de la mitad del número legal de miembros en cada Cámara, conforme está establecido.

306

6°.- Porque, los afectados miembros de las fuerzas policiales, siguen ante el Poder Judicial, acciones de amparo que con la Ley veinticuatro mil seiscientos diecisiete, en su artículo segundo, se pretende recordar los procesos judiciales, conculcando de esta forma el artículo doscientos treinta y tres de la Constitución que establece que ninguna autoridad puede dejar sin efecto resoluciones, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias, ni retardar su ejecución. Específicamente, el artículo doscientos noventa y cinco de la Constitución señala que la acción de amparo cautela los demás derechos reconocidos por ella, que sean vulnerados o amenazados por cualquier autoridad, funcionario o persona. En este sentido —agregan— la Ley veinticuatro mil seiscientos diecisiete, en su artículo segundo, pretende derogar este dispositivo constitucional, lo que es inconstitucional.

II.- INTERPRETACIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

Una de las partes demandadas, representante del Poder Ejecutivo, en la defensa del Decreto Legislativo número trescientos setentinueve, da contestación a la demanda negándola y contradiciéndola en todas sus partes:

- 1.- Porque, sostiene, que los Senadores demandantes se equivocan y hacen mal al manifestar, que el Decreto Legislativo número trescientos setentiuono, fue promulgado cuando ya estaba vencido el plazo para darlo.

Consideran:

- a) que, el artículo cuarenticuatro de la Constitución, cuando se termina la jornada diaria y semanal de trabajo (ocho horas diarias y cuarentiocho semanales), se refiere a la jornada máxima de trabajo para el servidor público y no necesariamente a la jornada de trabajo de la administración pública, que es de lunes a viernes y no sábados.
- b) que, el artículo ciento noventicinco de la Carta Magna, es improcedente y que la usan indebidamente para favorecer las preces de la acción.
- c) que, los artículos primero y cincuentidos del reglamento de normas generales de Procedimientos Administrativos, señalan que el Poder Ejecutivo ajustará su actuación de orden administrativo, a las prescripciones del reglamento, esto es a contar los plazos por días, entendiéndose éstos por hábiles y excluyéndose del cómputo los feriados.
- d) que, el artículo ciento setentidos del Código Procedimientos Civiles, señala que los términos se cuentan por días hábiles.

307

Concluyen:

- a) que, no es cierto que la administración pública trabaja de lunes a sábado, pues su jornada es de lunes a viernes semanalmente.
- b) que, no existe ninguna disposición general o especial que establezca, para el cumplimiento del plazo fijado por las leyes veinticuatro mil doscientos noventicuatro y veinticuatro mil cuatrocientos dieciséis, la utilización en el cómputo de días calendarios.
- c) que, los demandantes no pueden impugnar el principio jurídico consistente en que no cabe distinguir donde la Ley no lo hace y dando a entender que en las leyes cuestionadas, los legisladores se limitaron a consignar un plazo en días, referidos estos a días útiles y no a calendarios.
- d) que, el procedimiento seguido para laborar y poner en vigencia el Decreto Legislativo trescientos setentiuono, se encuentra encuadrado dentro de las pautas y plazos a que se contraen las leyes veinticuatro mil doscientos noventicuatro y veinticuatro mil cuatrocientos dieciséis.

2°.- Porque, los accionantes tienen una apreciación muy particular del artículo cuarenta y dos del Decreto Legislativo trescientos setentiuono.

Porque olvidan:

- a) que, la normatividad sostenida en el artículo cuarentidos rige desde mucho tiempo atrás dentro de la estructura legal de las Fuerzas Armadas y Policiales.
- b) que, el artículo cuarentidos citado, no infringe las disposiciones ya señaladas en el artículo primero artículo cuarentidos de la misma, en lo referente a los derechos de las personas como fin supremo y, a los derechos al trabajo como fuente principal de la riqueza, ya que las relaciones de trabajo entre un trabajador privado o público no son las mismas en el caso del personal que presta servicios en las Fuerzas Armadas y Policiales, por ser Instituciones organizadas jerárquicamente y verticalmente.
- c) que, la aplicación que pretenden —los demandantes— respecto a las regulaciones generales para un servidor del sector público y civil ocasionarían un gran quebranto a la estructura de esta institución.

Por lo que concluye:

308

- a) que a las fuerzas Armadas y Policiales les es de aplicación lo dispuesto en el artículo doscientos setenta y cuatro de la Constitución, que dispone que las Leyes y reglamentos respectivos regulan la organización, funciones, preparación, empleo y disciplina de las fuerzas Armadas y Policiales,
- b) que la especial naturaleza de los servicios que prestan las Fuerzas Armadas y Policiales, determinan que sus remuneraciones, derechos y demás beneficios, sean totalmente diferentes al de los demás trabajadores,
- c) que, la invitación a retiro, constituyen una invitación castrense muy vigencia, renovada por sucesivas disposiciones legales, cuya vigencia real han conocido, respetado y respetan los oficiales de todos los rangos, así como que el artículo doscientos setenticuatro de la Constitución establece que leyes y reglamentos respectivos regulan la organización,
- d) que el pase a retiro no puede ser considerado sanción de ninguna naturaleza; por tanto, no tienen motivo los demandantes, para alegar que esta medida infringe el artículo doscientos treintitres de la Constitución que estable el derecho de las personas a preveer su defensa.

3°.- Porque los argumentos consignados por los demandantes, respecto de los artículos quinto del Decreto Legislativo trescientos setentiuono, no resiste un aná-

lisis serio; pues, los artículos de la Constitución, que señalan los demandantes, han violado por el artículo quinto; como son el doscientos sesentisiete, doscientos setentisiete, doscientos ochenticuatro y doscientos ochenticinco; en su conjunto, lo que hacen es señalar una equivalencia entre las fuerzas Armadas y Policiales, y no igualdad a situaciones y derechos obviamente distintos a las dos fuerzas.

La propia Constitución, en sus artículos doscientos setenticinco y doscientos noventisiete, deja plenamente establecidos las claras diferencias entre una y otra.

4°.- Porque —afirman— de manera alguna se niega, con el artículo octavo del Decreto Legislativo trescientos setentiuno, la disposición contenida en el artículo doscientos setentitrés de la Constitución, referente a que por el hecho de hacer depender del Ministerio del Interior a las Fuerzas Policiales se está privado al Señor presidente de la República de ser el Jefe Supremo de ellas.

III.- DEL PROCEDIMIENTO

La demanda de Inconstitucionalidad, fue declarada admisible por el pleno del Tribunal; corrido el traslado correspondiente, esto es, al Poder Ejecutivo por tratarse del pedido de Inconstitucionalidad de un Decreto Legislativo y, al Congreso de la República por tratarse de una ley, ambas partes nombraron a sus respectivos apoderados, para ejercer su representación ante el Tribunal.

Absolviendo el trámite de contestación de la demanda, lo hace el Poder Ejecutivo a través de sus apoderados señores Mario Federico Cavagnaro Basile y Carlos Terreros Mayor, no así el apoderado del Congreso de la República, a quien se declara en rebeldía a mérito del artículo treintiuno y cincuentisiete la Ley Orgánica del Tribunal, veintitrés mil trescientos ochenticinco y ciento noventidos del Código de Procedimiento Civiles, respectivamente.

En el día y hora señalada para la vista de la causa, se concedió el uso de la palabra a los abogados informantes de ambas partes.

Vista la causa en sesión de Pleno Jurisdiccional -Audiencia Pública- del veinticuatro de setiembre del año en curso, la causa quedó al voto.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL:

1. La demanda de inconstitucionalidad de la Ley veinticuatro mil seiscientos diecisiete y del Decreto Legislativo número trescientos setentiuno, tanto por su forma como por su fondo, precisa conocerla y resolverla a través de la evaluación de los fundamentos en que reposa, siguiendo el mismo orden que observa.

Que en cuanto al primer extremo de la demanda referida a la inconstitucionalidad formal de los citados dispositivos legales, sostiene que fueron promulgados extemporáneamente, después de haber vencido con exceso el plazo de noventa días señalado inicialmente por la Ley veinticuatro mil doscientos noventicuatro, y luego ampliado a treinta días más por la Ley veinticuatro mil cuatrocientos dieciséis, se entiende por analogía. Criterio este que se basa en el sistema de cómputo que establece el artículo ciento ochentitres para los plazos dentro del Ámbito del Derecho Privado, de acuerdo en el calendario gregoriano, esto es, por días naturales, salvo excepciones expresas de la Ley o del mismo acto jurídico, como si en la órbita del Derecho Administrativo no se hubieran considerado normas expresas que determinan el sistema para el cómputo de los plazos administrativo y lo observado en el caso sub-litis hubiera sido expresado de éstos.

- 310
- a) Que aún, en el supuesto de que en el ámbito del Derecho Administrativo hubiera alguna normativa para la determinación de la forma de computar los plazos administrativos, dada la naturaleza procesal de aquél, si se trata de interpretar por analogía, habría que remitirse a la forma de computar los plazos dentro del Derecho Procesal Civil, que por obvias razones, solo considera los días hábiles, cuando funcionan los órganos jurisdiccionales de la administración de justicia, tal órganos jurisdiccionales de la administración de justicia tal, como lo consagra el artículo ciento setentidos del Código de Procedimientos Civiles. Pero que no hay necesidad de acudir a la analogía por cuanto para el cómputo de los plazos administrativos hay norma expresa, contenida en el artículo cincuentidos del Decreto Supremo número cero cero seis-SC., de once de noviembre de mil novecientos sesentisiete, Reglamento de Normas Generales de Procedimiento Administrativo, que en concordancia con el plazos administrativos señalados por días, debe hacerse excluyendo los feriados, es decir, considerarse únicamente los días hábiles, siempre que no se establezca por excepción otra cosa, se entiende expresamente.
 - b) Que en el señalamiento del plazo de noventa días para que el Poder Ejecutivo formule y promulgue los Decretos Legislativos que indica el artículo segundo de la Ley veinticuatro mil doscientos noventicuatro, lo mismo que en el caso de la prórroga del citado plazo por la Ley veinticuatro mil cuatrocientos dieciséis, no se introduce una forma excepcional y diferente de computar tales plazos; lo que quiere decir que no queda otra alternativa que la aplicación de la regla general, la de computarlos sólo por días hábiles, vale decir, descontando los días feriados, como se ha establecido en la Administración Pública.

- c) Que es cierto que no puede admitirse que las leyes números veinticuatro mil doscientos noventa y cuatro y veinticuatro mil seiscientos diecisiete, y cualquiera otra, solo tengan vigencia los días hábiles y no la tengan los días inhábiles, puesto que toda Ley rige sin interrupciones ni suspensión alguna desde la fecha señalada para su vigencia, pero esta forma de computación no es aplicable a los plazos que se señalan para la ejecución de determinadas obligaciones o actos jurídicos, tanto procesales, civiles, como administrativos, en que sí es indispensable considerar la distinción entre días hábiles e inhábiles, por cuanto la ley y los plazos que señalan son cuestiones completamente diferentes.
- d) Que debe agregarse que la Ley veinticuatro mil doscientos noventa y cuatro, que señaló el plazo de noventa días, y la Ley veinticuatro mil cuatrocientos dieciséis, que lo prorrogó por treinta días más, no han sido cuestionadas como inconstitucionales.
- e) Que, en consecuencia, de acuerdo con lo expuesto, sobre el otorgamiento al Ejecutivo de los plazos señalados por las Leyes veinticuatro mil doscientos noventa y cuatro y veinticuatro mil seiscientos diecisiete, para los fines a que ellos se contraen y teniendo en cuenta que en la Administración Pública se encuentra establecido el horario semanal de lunes a viernes, resulta que el plazo global de ciento veinte días que se señaló para el cumplimiento de las acciones indicadas en el artículo segundo de la Ley veinticuatro mil doscientos noventa y cuatro, comenzó a correr desde el día dieciséis de febrero de mil novecientos ochenta y cinco y venció el día seis de febrero de mil novecientos ochenta y seis y puesto que el Decreto Legislativo trescientos setenta y uno se expidió el día cuatro de febrero de mil novecientos ochenta y seis, publicado en “El Peruano” el día cinco del mismo mes, queda establecido que su expedición tuvo lugar dentro del plazo legal correspondiente y conserva por lo tanto su plena validez.
- f) Que en cuanto al segundo aspecto del extremo referido a la inconstitucionalidad formal de las Leyes impugnadas, sobre que para su aprobación no se ha reunido la mayoría calificada, que para toda Ley Orgánica exige el artículo ciento noventa y cuatro de la Constitución, se llega a la conclusión de que dicho cargo también deviene en infundado, por cuanto, según es de verse de sus respectivos textos, no se ha dispuesto la derogación de ley o norma alguna, sino que por el artículo quinto de la Ley veinticuatro mil doscientos noventa y cuatro, simplemente se dispuso la suspensión de la aplicación de todas las leyes que se le opusieran; suspensión que es retirada por el artículo primero de la Ley veinticuatro mil seiscientos diecisiete, destinada a interpretar los alcances de la suspensión. A lo que debe agregarse que no es materia de la acción de inconstitucionalidad la Ley veinti-

cuatro mil doscientos noventicuatro y de que no es aceptable, que se otorgue el carácter de Ley orgánica al decreto Ley número dieciocho mil dieciocho, como alegan los demandantes, que cumplió una función semejante al Decreto Legislativo número trescientos sesentiuno, como tampoco podría darse la calificación de Leyes Orgánicas a las números veinticuatro mil doscientos noventa y cuatro y veinticuatro mil seiscientos diecisiete.

f) Que respecto del segundo extremo de la demanda, sobre supuesta inconstitucionalidad material del Decreto Legislativo número trescientos setentiuno y de la Ley veinticuatro mil seiscientos diecisiete, habría que considerar los aspectos siguientes:

a) Que no se ha llegado a demostrar que el artículo cuarentidos del Decreto Legislativo número trescientos setentiuno, al autenticar el pase al retiro del personal policial por invitación con fines de renovación ineludible, desconoce o está en contradicción con los principios consagrados por los artículos primero, cuarentidos, cuarentitres y doscientos treintitres de la Constitución, porque tratándose de instituciones organizadas jerárquicamente y verticalmente por razón de la naturaleza de sus funciones, sus integrantes no pueden estar sometidos al régimen de estabilidad laboral de los trabajadores del sector privado, que regule la Ley veinticuatro mil quinientos catorce, ni al régimen que ampara a los demás trabajadores del sector público según el Decreto Legislativo número doscientos setentiseis, como tampoco al de los señores magistrados del Poder Judicial, a quienes el artículo doscientos cuarentidos de la Constitución garantiza su permanencia en el servicio hasta los setenta años de edad y la inmovilidad en el cargo, no pudiendo ser ascendidos ni trasladados sin su consentimiento, sino que tienen que estar sometidos a un régimen excepcional, semejante al de las Fuerzas Armadas, que la misma Constitución puntualiza expresamente en su artículo doscientos setenticuatro, disponiendo que “las leyes y reglamento respectivo regulan la organización, funciones, preparación, empleo y disciplina de las Fuerzas Armadas y Policiales”, y para cuyo cumplimiento se ha dado precisamente, en el caso de las Fuerzas Policiales, el Decreto Legislativo número trescientos sesentiuno, con el que se pretende y dispone la renovación constante de los cuadros de las Fuerzas Policiales; renovación que en el caso de toda Institución Armada resulta explicable para asegurar su funcionalidad y eficacia, debiendo entenderse que la oportunidad del pase a la situación de retiro no queda librada al mero arbitrio o capricho del Director de las Fuerzas Policiales ni del Ministerio del Interior, —como ocurría con anterioridad a la vigencia de aquel Decreto Legislativo—, sino al resultado del todo un pro-

cedimiento evaluativo que se desarrolla a través de los diferentes niveles del sistema de las Fuerzas Policiales, a lo largo de los cuales el interesado tiene la ocasión de hacer valer sus derechos; por lo que dicha modalidad del retiro no puede ser calificada ahora como sanción ni como medio de privación del derecho de defensa.

- b) Que los demandantes no han precisado y, mucho menos, demostrado los fundamentos ni razones por las que consideran que el artículo quinto del Decreto Legislativo número trescientos setentiuno, es contrario al espíritu y objetivos de los artículos segundo, sesentisiete, doscientos setentiocho, doscientos ochentidos, doscientos ochenticuatro y doscientos ochenticinco de la Constitución, si se limita a establecer que las Fuerzas Policiales son de carácter profesional no militar y de estructurar funcional jerarquizada, no deliberante; lo que no está en contradicción con las citadas normas Constitucionales, que más bien reiteran que las Fuerzas Policiales y las Fuerzas Armadas son instituciones diferentes, con funciones específicas distintas, que enumeran los artículos doscientos setenticinco y doscientos setentisiete de la misma Constitución, sin perjuicio de estar sometidos a limitaciones comunes como las de no votar, no ser elegidos, ni deliberantes; o, a disposiciones comunes como las de ser sometidos a fuero respectivo y al Código de Justicia Militar en el caso de incurrir en delitos de función, así como a tener derecho a grados, honores, remuneraciones y pensiones equivalentes.
- c) Que no se ha demostrado la supuesta implicancia alegada del artículo octavo del Decreto Legislativo número trescientos setentiuno con los artículos doscientos sesentinueve y siguientes de la Constitución, relativos a la Defensa Nacional y al orden interno, y menos que se haya privado a las fuerzas policiales de su Jefe Supremo que, conforme que, conforme al artículo doscientos setentitres de la Constitución, es el presidente constitucional de la República y que, por el contrario, aquel dispositivo -el citado artículo octavo- reitera que las Fuerzas Policiales forman parte de la estructura orgánica del Ministerio del Interior y dependen de este mismo a través de los órganos de signados en su Ley orgánica, en tanto que el Ministerio del Interior, por conducto del concejo de Ministros, integra el Poder Ejecutivo, el mismo que a su vez depende del Presidente de la República, que es el Jefe de Estado, y personifica la Nación. Al mismo tiempo que las Fuerzas Policiales también, forman parte importante del sistema de la Defensa Nacional y la que, conforme lo establece la Constitución, tiene como Director y jefe supremo al señor Presidente Constitucional de la República. De modo que,

con el mismo artículo octavo del Decreto Legislativo trescientos setentiuono, se está, mas bien, reiterando y aclarando dichos principios normativos de la estructura del Estado Peruano.

- d) Que no son atendibles los fundamentos de la demanda en cuanto se plantea la inconstitucionalidad de la Ley veinticuatro mil seiscientos diecisiete porque, en el caso del artículo primero de dicha ley, no hay implicancia con norma concreta de la Constitución, por la que se prive al Congreso de la facultad de interpretar determinadas leyes, puesto que **el Poder Legislativo de conformidad con los principios rectores del nuestro sistema democrático, tiene la facultad soberana no sólo de promulgar las leyes, sino también de modificarlas, derogarlas o interpretarlas a título universal**, sin que se haya concedido semejante o igual facultad a otro Poder del Estado, por cuanto la posibilidad de delegar la facultad de dar leyes, a que se refieren el artículo ciento ochentiocho de la Constitución, no hace más que confirmar el citado principio, y de la interpretación judicial es sólo a título particular, aplicable sólo a casos sub litis. Y que si la referencia del inciso primero del artículo ciento ochentiseis de la Constitución a las leyes existentes, podría interpretarse, contrario sensu, como una limitación a dicha facultad cuando se trate de ley es inexistentes, ello no significa un recorte a las atribuciones soberanas del Congreso, sino que simplemente hace mención a que solo hay necesidad o utilidad de modificar o interpretar lo que existe, o lo que el mismo Congreso considere que existe o califique como ley existente. De modo que si por el artículo primero se interpreta el artículo quinto de la Ley veinticuatro mil doscientos noventicuatro, es por que el legislador la considera como ley existente, cuyos efectos subsisten y que, según las circunstancias hay necesidad de precisar, mediante la interpretación, que sólo puede realizarse mediante otra ley.
- e) El fundamento de la demanda por el que se alega que el artículo segundo de la Ley veinticuatro mil seiscientos diecisiete, conculca el inciso dieciocho de la artículo segundo de la Constitución -que consagra el derecho de toda persona a formular peticiones, individual o colectivamente, por escrito, ante la autoridad competente, con obligación de ésta para responderla igualmente por escrito- resulta inexacto, por no decir contraproducente, porque de la lectura completa del citado inciso dieciocho, aparece en su última parte, que precisamente las Fuerzas Armadas y las Fuerzas Policiales están exceptuadas de ejercer el derecho de petición en referencia, lo que está en concordancia con lo establecido por el artículo doscientos setenticuatro de la Constitución, además de que podría ser atendible la justificación que dan los repre-

sentantes del Poder Ejecutivo, de que no se trata de arbitrariedades no de la imposición de sanciones, sino de medidas que tienen como único propósito el de perfeccionar la organización de las Fuerzas Policiales e incrementar su eficacia; de manera que no puede ni debe alegarse la privación del derecho de defensa si no hay motivo para ejercerlo.

- f) Que no se ha demostrado que con el artículo segundo de la Ley veinticuatro mil seiscientos diecisiete se ha privado o priva a los integrantes de las Fuerzas Policiales de la acción de amparo, que es de naturaleza jurídica diferente, destinada a la defensa de los demás derechos Constitucionales no comprendidos por la acción de Habeas Corpus, como lo establece el artículo doscientos noventicinco de la Constitución, cuyas causales o casos de aplicación están claramente precisados por los artículos doce y veinticuatro de la Ley veintitrés mil quinientos seis, por lo que debe entenderse que estas acciones de garantía nada tienen que ver con las que podrían derivarse de la aplicación de los artículos segundo y tercero de la Ley veinticuatro mil doscientos noventicuatro, por estar encuadrados dentro de los alcances y limitaciones del artículo doscientos-setenticuatro de la Constitución, y a las que debe referirse el artículo segundo de la Ley veinticuatro mil seiscientos diecisiete. Prueba de ello es que, —con lo que están conformes las partes, por haberle manifestado así en sus respectivos escritos de demanda y contestación a la demanda, antes y después de la promulgación de la Ley veinticuatro mil seiscientos diecisiete— los exintegrantes de las fuerzas policiales han interpuesto un número importante de, acciones de amparo, las mismas que están siendo procesados por el Poder Judicial.
- g) Que como puede advertirse, por su simple lectura, el artículo segundo de la Ley veinticuatro mil seiscientos diecisiete se refiere a las acciones de carácter administrativo o judicial que podrían interponerse dentro de ellos parámetros anteriores analizados, pero que en ningún caso se hace referencia a procesos en sustanciación o terminados, y menos a sentencias en ejecución, por lo que resulta inevitablemente inexacto el cargo de la demanda sobre que con el artículo segundo de la Ley veinticuatro mil seiscientos diecisiete, se atenta contra la independencia del Poder Judicial o el principio de la Cosa Juzgada, y menos que se le otorgase efectos retroactivos.

Consecuentemente, por los fundamentos y razones expuestos, el Tribunal de Garantías Constitucionales; de conformidad con el artículo cincuenteros de la Ley veintitrés mil trescientos ochenticinco y segunda parte del artículo ciento setentiuono de la Ley orgánica del poder judicial, declare: Infundada, la demanda interpuesta por los

señores Senadores Sandro Mariátegui Chiape y Otros, sobre inconstitucionalidad del Decreto Legislativo número trescientos setentiuno y artículo primero y tercero de la Ley veinticuatro mil seiscientos diecisiete; no habiendo pronunciamiento sobre el extremo de la demanda relativo al artículo segundo de esta norma legal, por no haberse alcanzado el número de seis votos conformes a que se refiere el artículo octavo de la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales.

Regístrese, comuníquese, publíquese y archívese.

PELAEZ BAZAN
CORSO MASIAS
BASOMBRIO PORRAS
CENTURION VALLEJO
VALENZUELA ATESTE
DIAZ VALDIVIA

Lo que certifico:

Dra. Gabriela Guillén Fernández
Secretaria de Sala del Tribunal de Garantías Constitucionales.

EXP. No. 001-87-/TGC

**DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD PLANTEADA POR
VEINTIÚN SEÑORES SENADORES**

**VOTO SINGULAR DEL SEÑOR MAGISTRADO DOCTOR CARLOS
BASOMBRIO PORRAS**

CONSIDERANDO:

Que, veintiún señores senadores, por demanda recibida al catorce de julio del presente año, solicitan se declare inconstitucional el Decreto Legislativo número trescientos setentiuono por haber sido promulgado cuando se había vencido el término que se concedió por Ley número veinticuatro mil doscientos noventicuatro, al Poder Ejecutivo, para legislar por delegación respecto a una nueva Ley Orgánica del Ministerio del Interior, a la Ley de Bases y Leyes Orgánicas de las Fuerzas Policiales, así como sobre la Ley de Bases y leyes orgánicas de las Fuerzas Policiales, así como sobre la Ley del Sistema de Inteligencia Nacional; que, igualmente solicitan la inconstitucionalidad de la Ley número veinticuatro mil seiscientos diecisiete por las razones que aparecen consignadas en el escrito de demanda; que, en cuanto a la supuesto inconstitucionalidad del Decreto Legislativo número trescientos setentiuono, el suscrito considera que debe declararse infundada la demanda, por cuanto dicho Decreto Legislativo fue promulgada el cuatro de febrero de mil novecientos ochentiséis y publicado en el Diario Oficial “El Peruano”, el día cinco de febrero del mismo año, que, la promulgación y publicación del Decreto Legislativo número trescientos setentiuono fue hecha dentro del plazo señalado por la Ley veinticuatro mil doscientos noventicuatro, prorrogado por la Ley número veinticuatro mil cuatrocientos dieciséis; que, en cuanto al fundamento de la alegada inconstitucionalidad sosteniendo que los plazos deben computarse por días calendarios y no hábiles, debe tenerse en cuenta que la Ley veinticuatro mil cuatrocientos dieciséis que prorrogó por treinta días adicionales la facultad concedida al Poder Ejecutivo para legislar sobre la materia antes mencionada, hizo una interpretación auténtica del plazo otorgado por la Ley veinticuatro mil doscientos noventicuatro, ya que no hubiera podido prorrogar dicho plazo, si los noventa días iniciales hubieses sido naturales y no hábiles como lo considera la Ley veinticuatro mil cuatrocientos dieciséis, pues hubiese existido solución de continuidad entre los plazos señalados en ambas leyes solución de continuidad entre los plazos señalados en ambas leyes; que, por lo tanto, debe considerarse, por interpretación del Poder Legislativo, que el plazo de noventa días original, debe considerarse computable en días hábiles; que, en lo que se refiere a la inconstitucionalidad de la Ley veinticuatro mil seiscientos

diecisiete, el suscrito considera que debe declararse fundada la demanda, puesto que el artículo segundo de dicha Ley que establece: “No procede ninguna acción administrativa ni judicial contra las disposiciones expedidas al amparo de la Ley veinticuatro mil doscientos noventicuatro”, viola claros y terminantes preceptos Constitucionales tales como el **derecho de petición** consagrado en el inciso dieciocho del artículo segundo de la Constitución del Estado; que este derecho, si bien está negado a la Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales, sí procede para miembros de éstas que hayan cesado en el cargo y pasado al retiro; el **derecho de defensa** consagrado por el inciso noveno del artículo doscientos treintitrés de La Constitución; y el **derecho al ejercicio de la acción de amparo** como garantía constitucional consagrado en ella artículo o doscientos noventaicinco de la Constitución vigente; que, por las consideraciones expuestas; el suscrito considera **infundada** la demanda de inconstitucionalidad del Decreto Legislativo número trescientos setentiuno y **fundada** la demanda en lo que se refiere a la inconstitucionalidad del artículo segundo de la Ley veinticuatro mil seiscientos diecisiete.

BASOMBRIO PORRAS

Fecha la misma.

318

Lo que certifico:

Dra. Gabriela Guillén Fernández

Secretaria de Sala del Tribunal de Garantías Constitucionales.

**FUNDAMENTOS DE VOTO DISCORDANTE DE SEÑOR
MAGISTRADO DOCTOR JAIME DIEZ-CANSECO YAÑEZ POR LA
INCONSTITUCIONALIDAD DEL DECRETO LEY No. 371 Y DE LA
LEY No. 24517**

Disintiendo con el voto de los demás señores magistrados, **MI VOTO** es porque se declara fundada en parte la demanda de Inconstitucionalidad respecto del Decreto Legislativo número trescientos setentiuono y la Ley veinticuatro mil cuatrocientos setentiuono y la Ley veinticuatro mil cuatrocientos diecisiete; por razón de forma, ya que no existe sentencia, sino pronunciamiento, al no haberse obtenido los seis votos conformes que dispone el artículo octavo de la Ley veintitrés mil trescientos ochenticinco, Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales; por las siguientes consideraciones:

El artículo diecinueve, de la Ley veintitrés mil trescientos ochenticinco, Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales, preceptúa que éste garantiza mediante el procedimiento que contempla, la primacía de la Constitución declara si son Constitucionales o no, por la forma o por el fondo, tanto las leyes como los Decretos Legislativos, entre otros, que son objeto de la acción de inexigibilidad.

319

Tiene pues un propósito suasorio pues así el ciudadano asocia la idea de la jurisdicción Constitucional a la de las garantías. Controla así “erga omnes” y “a posteriori”, y de manera concretada las leyes.

Agrega la ley del Tribunal de Garantías Constitucionales, en su numeral veinte, que son inconstitucionales las normas a que se refiere el artículo precedente, en la totalidad o en parte de sus disposiciones:

1°.- Cuando infringen la Constitución; y

2°.- Cuando no hayan sido aprobadas o promulgadas o publicadas en la forma prescrita por la Constitución.

“Toda Ley del Poder Legislativo ordinario o poder constituido, está subordinada a la Constitución emanada del poder constituyente extraordinario, y su validez está condicionada por su acatamiento a la letra y al espíritu de la Constitución. Como círculo concéntrico interno, la ley ordinaria es una voluntad jurídica que se manifiesta y actúa libremente dentro de la órbita constitucional, pero -que carece de aptitud para salirse de ella y ultrapasarse los límites que le corresponden como poder constituido”. (Carlos Sánchez Piamonte, “El constitucionalismo, sus problemas”, Editorial Bibliográfica Argentina Buenos Aires- 1954. Página 54).

Cuando por deficiencias jurídicas y otras razones, la ley o el decreto legislativo, se sale de las normas constitucionales, deviene en inconstitucional. Esto sucede en las acciones de inexequibilidad, que es de garantía de tipo general. Cuando se trata de un caso concreto a particular, se aplica la acción de amparo, según lo establece el artículo tercero de la Ley veintitrés mil quinientos seis, que dice:

“Las acciones de garantía proceden aún en el caso que la violación o amenaza de violación se base en una norma que sea incompatible con la Constitución. En este supuesto, la inaplicabilidad de la norma se apreciará en el mismo procedimiento”. En el caso del amparo se aplican los artículos doscientos treintiséis y ochentisiete, de la Carta, sobre la supremacía de la norma y el doscientos treinta y tres, inciso sexto, de la Ley de Leyes, por el cual es garantía de la administración de justicia la de no dejar de administrarla por defecto o deficiencia de la ley, aplicándose en tal caso los principios generales del derecho, y preferentemente, los que inspiran el derecho peruano. Se aplican en este caso, así, repito, por no tener efectos “erga omnes” sino sólo al caso particular y no anulan la ley cuestionada, la que sigue vigente. En la acción de inconstitucionalidad así se anula.

320

La demanda bajo examen se ha interpuesto dentro del plazo de caducidad a que se contrae el artículo vigésimo quinto de la Ley veintitrés mil trescientos ochenticinco, Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales y las normas impugnadas se encuentran en vigencia.

El caso in examine debe contemplar en cuanto a la forma, sí, las normas legales impugnadas de inexequibilidad, lo son o no.

Cabe al respecto anotar:

1°.- La Ley autoritativa veinticuatro mil cuatrocientos noventa y dos, la promulgó el Poder Ejecutivo el catorce de agosto de mil novecientos ochenticinco, y se publicó en el diario oficial *El Peruano*, el quince del mismo mes y año. Por élla de conformidad con el artículo ciento ochentiocho de la Constitución Política, delegó en el Poder Ejecutivo por el plazo de noventa días, la facultad de legislar mediante decretos legislativos dictando y promulgándola Ley orgánica del Ministerio del Interior, la Ley de Bases y Leyes Orgánicas de las Fuerzas Policiales, así como la Ley del Sistema de Inteligencia Nacional, **dando cuenta al Congreso.**

La Ley entró en vigencia al día siguiente de su promulgación, esto es, el dieciséis de agosto de mil novecientos ochenticinco.

Contando el plazo por días calendarios venció el trece de noviembre del mil novecientos ochenticinco.

La Ley veinticuatro mil cuatrocientos dieciséis por la que se concede el Poder Ejecutivo el plazo adicional de treinta días para la aplicación de lo dispuesto en la Ley veinticuatro mil doscientos noventa y cuatro, se promulgó el diecinueve de diciembre de mil novecientos ochenta y cinco, y se publicó en el diario oficial “El Peruano” el veinte del mismo mes y año.

El Decreto Legislativo trescientos setenta y uno se promulgó el cuatro de febrero de mil novecientos ochenta y seis, y se publicó en el diario oficial “El Peruano” el cinco de febrero de mil novecientos ochenta y seis.

La Ley veinticuatro mil seiscientos diecisiete, se promulgó el veintidós de diciembre de mil novecientos ochenta y seis, y se publicó en el diario oficial “El Peruano” el veintisiete del mismo mes y año. Esta ley interpretó que el artículo quinto de la Ley veinticuatro mil doscientos noventa y cuatro, durante su vigencia, dejó en suspenso el decreto ley dieciocho mil ochenta y uno, sobre Estatuto Policial, y por su artículo segundo —que no procedía— no proceden —ninguna acción administrativa ni judicial— contra las Resoluciones expedidas al amparo de lo dispuesto en la Ley veinticuatro mil doscientos noventa y cuatro. Contiene contrafuero constitucional pues podría paralizar las acciones de amparo.

Cabe preguntarse, los días del plazo para que el Poder Ejecutivo legisle mediante Decretos Legislativos, era administrativo, o era un plazo para legislar en forma delegada?

321

Al dictar y promulgar el Poder Ejecutivo los Decretos Legislativos realizados un acto de Gobierno o administrativos, o un acto legislativo por facultad delegada?

Cuando el Poder Ejecutivo, asume el rol de legislar, no realiza acto administrativo alguno sino legislativo y sólo le son aplicables los términos constitucionales a tal efecto, es decir, el plazo se cuenta por días calendarios.

La Ley de Leyes cuando se refiere a los plazos constitucionales lo hace a días calendarios, pues así se ejecutan, como es de verse en los artículos ciento noventa y tres, ciento noventa y cinco, y ciento noventa y siete de la Constitución, no se contempla en ninguno de ellos días inhábiles. El plazo repito es calendario.

No se debe distinguir donde la Ley no distingue. El plazo días que se da en la Ley veinticuatro mil cuatrocientos noventa y cuatro para que el Poder Administrador legisle, es por días calendarios, no son aplicables los plazos administrativos ni judiciales.

Apoya la tesis a que se contrae el párrafo anterior, por analogía, los artículos IX del Título Preliminar, ciento ochenta y tres y dos mil del código civil vigente.

Se trata de un vicio in procedendo, o de actividad.

El acatamiento del plazo constitucional de considerarlo como días calendarios, anteriormente referido, es obligatorio por razones de orden público, y de cumplimiento obligatorio.

Los plazos señalados por las leyes veinticuatro mil doscientos noventa y cuatro y veinticuatro mil seiscientos diecisiete, no fueron pues para la ejecución de actos administrativos, si no para actos legislativos. Es inaplicable el decreto Supremo número cero seis - SC de once de noviembre de mil novecientos sesentisiete, Reglamento de Normas Generales de Procedimientos Administrativos.

La promulgada y publicación del Decreto Legislativo número trescientos setenta y uno, fue hecha cuando carecía, ya, el poder ejecutivo de facultad legislativa delegada para hacerlo.

En atención a todo lo expuesto **MI VOTO** es pues porque se declare en parte la demanda de Inconstitucionalidad por razón de forma carece de objeto ocuparse del fondo.

DIEZ-CANSECO YAÑEZ

322

Fecha la misma.

Lo que certifico:

Dra. Gabriela Guillén Fernández.

Secretaria de Sala del Tribunal de Garantías Constitucionales.

Expediente 001-90-I/TGC

Proceso de inconstitucional interpuesto por el Fiscal de la Nación contra la Ley 25051. El Tribunal declaró fundada la demanda.

Fecha de emisión: 13 de agosto de 1990

Resumen: En el presente caso, se buscó declarar la inconstitucionalidad de la Ley 25051. La demanda se presentó en ocasión de la expropiación de un predio de Chanchamayo. Asimismo, el Tribunal advirtió que, de no declararse inconstitucional la norma “se lesionaría el principio fundamental de igualdad ante la ley”. Y que, además, se preguntó: ¿Qué puede justificar expropiar a una asociación para darle la tierra a otra asociación?

323

El fundamento del voto del magistrado Diez-Canseco Yáñez fue a favor de que se declare fundada la demanda. El autor del voto advirtió la violación del “principio de razonabilidad”; puesto que, la norma en cuestión carecía del todo de razonabilidad y legitimidad. Asimismo, advirtió que, no se observó la aplicación del principio de utilidad pública e interés social que debía caracterizar a toda norma expropiatoria. Dicho magistrado resaltó que, en todo proceso de expropiación, debía realizarse el previo pago en dinero y que, el proceso de expropiación debía realizarse de acuerdo al Decreto Legislativo 313, Ley General de Expropiación. En ese sentido, su voto fue porque se declare fundada la demanda de inconstitucionalidad.

El magistrado Espinal Cruzado, en su voto singular, consideró que se declare infundada la acción de inconstitucionalidad presentada. Afirmó que la expropiación significa “alcanzar justicia social” y, en ese contexto, el Estado como república democrática y social está “obligado a su realización en favor de los más necesitados en materia de vivienda”. Asimismo, que la expropiación se realizó en favor de un “pueblo joven”.

El magistrado Samanamud Rubin, quien votó a favor de la inconstitucionalidad de la norma, advirtió que, se infringió el inciso primero del artículo 233 de la Constitución de 1979, en lo referente a la “unidad y exclusividad de la función jurisdic-

cional, violando el derecho al debido proceso”. Con la medida, explicó, se favorece a la asociación Pro-Vivienda “Santa Rosa” y se perjudica a la expropiada Asociación Pro-Vivienda “El Milagro”. Asimismo, advirtió que, es necesario que haya procedido al pago de la expropiación.

El Presidente del Tribunal de Garantías, Jorge León Seminario, mediante Resolución s/n expedida en Arequipa el 8 de noviembre de 1990 mandó a que se publique la sentencia en el Diario Oficial “El Peruano”. Esto sucedió debido a que el Congreso no expidió oportunamente la ley derogatoria correspondiente que se debió haber aprobado luego de la emanación de la sentencia de inconstitucionalidad.

Temas clave: Expropiación — indemnización — propiedad — utilidad pública.

TRIBUNAL DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

EXP. No. 001-90-I/TGC

**CASO: DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD INTERPUESTA
POR EL SEÑOR FISCAL DE LA NACIÓN CONTRA LA LEY 25051**

SENTENCIA

En Arequipa, a los trece días del mes de Agosto de mil novecientos noventa el Tribunal de Garantías Constitucionales reunido en sesión de Pleno Jurisdiccional, con asistencia de los señores Magistrados:

León Seminario, Presidente;
Centurión Vallejo, Vicepresidente;
Corso Masías;
Diez-Canseco Yáñez;
Valenzuela Astete;
Díaz Valdivia;
Espinal Cruzado; y
Samanamud Rubin;

325

no interviniendo el doctor Peláez Bazán, por razones de salud, actuando como Secretaria la doctora Gabriela Guillén Fernández, pronuncia la siguiente sentencia en mayoría, después de haber deliberado en privado. Con los fundamentos de voto de los señores Diez Canseco Yáñez y Samanamud Rubin, y el voto singular del señor Espinal Cruzado.

ASUNTO.

Demanda de inconstitucionalidad de la Ley número veinticinco mil cincuentiuno interpuesta por el señor Fiscal de la Nación.

ANTECEDENTES.

El señor Fiscal de la Nación doctor Manuel Catacora Gonzáles interpone acción de in Constitucionalidad contra la Ley número veinticinco mil cincuentiuno de veinte de Junio de mil novecientos ochentinueve por la cual se declara de necesidad y utilidad pública la expropiación de cuatrocientos sesentiún mil trescientos ochenta punto cincuenta metros cuadrados de un predio ubicado en el Distrito de San Ramón, Provincia de Chanchamayo del Departamento de Junín.

Fundamenta su demanda en que la ley carece de sustento de razonabilidad y legitimidad, por provenir de un órgano que carece de iniciativa para impulsarla y además por atentar contra el derecho al debido proceso legal, violando, de esa manera, derechos constitucionales reconocidos a todos los miembros de la sociedad, y, en especial, a los miembros de la Asociación Pro-vivienda El Milagro.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.

El artículo ochentiuno de nuestra Constitución declara y prescribe que el Poder emana del Pueblo y quienes lo ejercen lo hacen en su representación y con las limitaciones y responsabilidades que señalan ella y la Ley. Por su parte el artículo ciento veinticinco legisla que la propiedad es inviolable; que el Estado la garantiza y que a nadie puede privarse de la suya sino por causa de necesidad y utilidad pública o de interés social declarada conforme a Ley y previo pago en dinero de indemnización justipreciada.

Como se puede apreciar, este artículo contiene implícitamente la facultad expropiatoria del Estado, pero sujeta a algunos requerimientos especiales como la utilidad pública o el interés social declarado conforme a Ley y, en su momento, al previo pago en dinero de indemnización justipreciada; es decir, como no podía ser de otra manera, la Constitución garantiza el derecho de propiedad, pero sin considerarlo un derecho absoluto, imperturbable o eterno, sino que lo condiciona, excepcionalmente, a un interés mayor como el de la colectividad, sea éste expresado en el interés social o la utilidad pública que puede incidir a favor de un grupo social directamente o a través del Estado que orgánicamente nos representa. Todo esto, como se puede apreciar, dentro de un criterio saludable que estructura al Estado con las facultades suficientes para orientar su actividad y hacer factible la realización de sus altos fines en función de los intereses mayoritarios; pero, al mismo tiempo, estableciéndose parámetros o cartabones para que, en la búsqueda de esos objetivos, haya siempre un componente de justicia y no vaya a caer en el riesgo de la arbitrariedad, por lo que, para saber si la cuestionada Ley veinticinco mil cincuentiuno es Constitucional o no, pasaremos a analizar si cumple o no los preceptos Constitucionales que regulan la institución de expropiación; si esta dentro de esos parámetros o si los rebasa y sobrepone a ellos al punto de ir contra sus normas y principios o si carece de los elementos que ella exige.

El artículo primero de la ley impugnada declara de necesidad y utilidad pública, la expropiación de un terreno de cuatrocientos sesentiuin mil trescientos ochenta punto cincuenta metros cuadrados destinado para la expansión urbana del Distrito de San Ramón, de la Provincia de Chanchamayo, Departamento de Junín, conforme a lo establecido por el respectivo plan regulador signado con el número siete-catorce mil cuatro aprobado por Resolución Ministerial número mil doscientos cuatro-VI-DU.

Luego agrega, el mismo artículo que el proceso de expropiación, así como el saneamiento físico legal del inmueble, es responsabilidad de la Municipalidad Provincial de Chanchamayo de conformidad con la Ley número veinticuatro mil quinientos trece.

La misma Ley en su artículo segundo establece que la expropiación se realiza en dos partes y una a favor de la Municipalidad Distrital de San Ramón y otra de la Asociación Pro-Vivienda “Santa Rosa”, en las áreas y detalles que precisa.

De los documentos presentados en autos, tenemos que una parte del predio en una extensión aproximada de noventa mil quinientos metros cuadrados, es de propiedad de la Asociación Pro-Vivienda el Milagro integrada por más de doscientos cincuenta socios que se encuentran en posesión de sus respectivos lotes y sobre los cuales, han realizado edificaciones con distinto estado en el avance de las obras.

Así, tomando en cuenta para el análisis este primer punto, pensamos que no puede considerarse de necesidad y utilidad pública para el Estado, expropiar sus bienes a un numeroso grupo de personas; es decir, a un grupo social organizado de acuerdo a las Leyes de la República para solucionar por su propia iniciativa sus necesidades esenciales de vivienda, dentro de los parámetros y garantías que establece la misma Constitución en su Título Tercero que legisla sobre el Régimen Económico, específicamente en sus artículos ciento doce y ciento treinta y uno, para entregar esas mismas áreas, al Concejo Distrital o a otra Asociación Pro-Vivienda; caso, este último, en que se lesionaría además el principio fundamental de la igualdad ante la ley. ¿Qué puede justificar expropiar a una Asociación para darle la tierra a otra Asociación?

327

Obviamente no podría haber justificación alguna, como no lo tiene la norma legal impugnada, por lo que carece de un elemento fundamental como es la equidad en el trato.

Por otra parte, y en el supuesto de que esa área no sea para la otra Asociación, denominada “Santa Rosa”, sino para el Concejo Distrital, nos hacemos la misma pregunta y surge como respuesta que tampoco hay justificaciones, porque dentro de las estipulaciones que la Constitución establece para el ejercicio de las libertades de Asociación e industria, no encaja el hecho que el Estado sustituya a una Asociación Pro-Vivienda por otra entidad para que solucione el problema que ella lo está haciendo por propia iniciativa.

Si la Asociación el Milagro organizada debidamente bajo la protección del artículo ciento doce de la Constitución está solucionando su problema de vivienda por la acción conjunta y solidaria de sus miembros, nada justifica pues, que se les quiera sustituir por el Concejo Distrital, ni en el supuesto de que ellos sean los mismos beneficiarios y, mucho menos, en la hipótesis reprobable de que las beneficiarias de

este programa pueden ser personas distintas, ya que es obvio que el Estado ni su gran colectividad que es la Nación, tienen interés en la práctica de acciones lesivas a la persona humana. Ni ello puede considerarse, tampoco, una necesidad del Estado, por lo que, concluimos este análisis entendiendo que, por una u otra razón, el legislador no ha podido satisfacer en la cuestionada ley las exigencias Constitucionales de necesidad y utilidad pública y más bien entra en grave conflicto con sus principios fundamentales referidos, se sobrepone a sus normas o está fuera de ellas y, por eso mismo, no adquiere el carácter de legitimidad que debe distinguirlo.

Respecto al otro punto pendiente; es decir a la parte que dispone que el proceso de expropiación, así como el saneamiento físico legal del inmueble, son de responsabilidad de la Municipalidad Provincial de Chanchamayo de conformidad con la Ley número veinticuatro mil quinientos trece, cuyo artículo primero declaró de necesidad y utilidad pública y de preferente interés social el saneamiento de la estructura físico-legal de los Asentamientos Humanos denominados Pueblos Jóvenes, que incluye la elaboración de los planos perimétricos, de trazados y lotización y sus correspondientes memorias descriptivas, el padrón y el otorgamiento de títulos individuales de propiedad a las familias ocupantes, dentro de las condiciones y limitaciones que establece su artículo segundo, por razón de naturaleza, uso y extensión de las áreas, y por razón de sus propietarios, tenemos lo siguiente.

328

Como se aprecia de su Texto, esa Ley tiene por objeto sanear física y legalmente situaciones de hecho preexistentes a ella; mejorar la ubicación de los Pueblos Jóvenes de modo que puedan ser incorporados a la formalidad legal del País, de modo que, cuando la Ley impugnada de institucional prescribe que el proceso de expropiación así como el saneamiento físico legal del inmueble es responsabilidad de la Municipalidad Provincial de Chanchamayo de conformidad con la ley veinticuatro mil quinientos trece, se dan dos situaciones posibles. La primera hipótesis es que en las áreas que expropia se encuentren asentados Pueblos Jóvenes en cuyo caso su status ya está regulado por la Ley veinticuatro mil quinientos trece o que, como parece de la extensión y características de las tierras expropiadas, aquello no es así, pues el artículo primero de la Ley cuestionada se refiere a que la expansión urbana se hará conforme a lo establecido en el Plan Regulador de la ciudad signado con el número cero siete-mil cuatrocientos cuatro aprobado por Resolución Ministerial número mil doscientos cuatro-VI-DU, en cuyo caso, no se puede pretender válidamente que se expropie y trámite un proceso e indemnice a los expropiados considerando situaciones de hecho, que no existen en este caso, como presupuestos de derecho para lograr un objetivo, afectando con ello los principios y garantías Constitucionales de igualdad ante la Ley, que establece el inciso dos del artículo segundo y el punto L) del inciso veinte del mismo artículo de la Carta Fundamental.

Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto se concluye que la Ley veinticinco mil cincuentiuno no reúne las exigencias que establece el artículo ciento veinticinco de la Constitución y, por ello, carece de legitimidad; es decir no es Constitucional, por lo que, el Tribunal de Garantías Constitucionales en uso de las facultades de que está investido y en aplicación del artículo doscientos noventa y ocho inciso primero de la Constitución **FALLA:** declarando **FUNDADA** la demanda de fojas uno interpuesto por el señor Fiscal de la Nación, sobre inconstitucionalidad de la Ley número veinticinco mil cincuentiuno; en consecuencia y en aplicación del artículo trescientos uno de la misma Constitución mandaron que se comunique la presente sentencia al Poder Legislativo para los fines de la segunda parte de su primer párrafo.

LEÓN SEMINARIO
CORSO MASÍAS
CENTURIÓN VALLEJO
VALENZUELA ASTETE
DIEZ-CANSECO YÁÑEZ
SAMANAMUD RUBIN
DÍAZ VALDIVIA

Lo que certifico:

Gabriela Guillén Fernández.
Secretaría de Sala del TGC.

EXP. No. 001-90-I/TGC

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR JAIME DIEZ-CANSECO YAÑEZ, EN EL SENTIDO DE QUE SE DECLARE FUNDADA LA DEMANDA DEL SEÑOR FISCAL CONTRA LA LEY VEINTICINCO MIL CINCUENTIUNO POR INCONSTITUCIONAL

VISTOS; Y CONSIDERANDO:

Que el Fiscal de la Nación, doctor Manuel Catacora Gonzales, fundamenta su acción de inexequibilidad en que lo hace a solicitud de los miembros de la Asociación Pro-Vivienda “El Milagro” —no interesa el aspecto factual de que si acompaña o no el documento que lo acredite, pues es un aspecto sin trascendencia porque el Fiscal de la Nación puede interponer la acción “per se” — y la demanda, es de puro derecho.

Se trata de una acción cuyo fundamento radica en violación del Principio de razonabilidad de las Leyes; puesto que la ley cuya inconstitucionalidad se demanda carece de todo sustento de razonabilidad y Legitimidad, por provenir de un órgano (El Congreso) que carece de iniciativa para impulsar (la dación de la ley); y, además, por atentar contra el Derecho al Debido Proceso Legal, violando de esa manera Derechos Constitucionales reconocidos a todos los miembros de la sociedad, y en especial a los de la Asociación Pro-Vivienda “El Milagro”. Por tratarse de una ley, la demanda debe entenderse con el Congreso de la República.

330

El Debido Proceso Legal es una garantía innominada contenida en el artículo doscientos treintitrés de la Constitución Política del Perú.

La ley veinticinco mil cincuentiuno fué, publicada en el diario oficial “El Peruano” el veinte de Junio de mil novecientos ochentinueve o sea que se encuentra dentro del plazo de caducidad que establece el artículo veinticinco de la ley veintitrés mil trescientos ochenticinco Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales. Por su artículo primero declara de necesidad y utilidad pública la expropiación del área de terreno de cuatrocientos sesentiún mil trescientos ochenta punto cinco metros cuadrados (461,380.5 m²), destinado para la expansión urbana del Distrito de San Ramón, Provincia de Chanchamayo, Departamento de Junín.

El proceso de expropiación, así como el saneamiento físico legal del inmueble es responsabilidad de la Municipalidad Provincial de Chanchamayo de conformidad con la ley número veinticuatro mil quinientos trece, así reza el artículo primero de la ley impugnada de inconstitucionalidad por el señor Fiscal de la Nación.

El artículo segundo de la ley veinticinco mil cincuentiuno indica que la expropiación se hace en dos partes y en favor de las siguientes instituciones:

- a.- Municipalidad Distrital de San Ramón el inmueble que señala con el área y medidas perimétricas que aparecen de la ley; y
- b.- Asociación Pro-Vivienda “Santa Rosa” con el área y medidas perimétricas que también aparecen de la ley.

Debemos pues analizar el planteamiento del actor de que la ley que impugna carece de razonabilidad y Legitimidad y es atentatoria del Debido Proceso Legal.

El artículo ciento veinticinco de la Carta preceptúa que la propiedad es inviolable. El Estado la garantiza, **a nadie puede privarse de la suya sino por causa de necesidad y utilidad pública o de interés social, declarada conforme a ley y previo pago en dinero de indemnización justipreciada.**

Es pues condición Constitucional sine qua non “el previo pago en dinero de indemnización justipreciada” para poder expropiarse bien alguno. Si no hay el pago previo en dinero la ley es inconstitucional.

La ley veinticinco mil cincuentiuno dispone que el proceso expropiatorio se regule por uno distinto al general contenido en el Decreto Legislativo trescientos trece y se le aplique al caso sub-materia uno distinto y especial, contemplado en la ley veinticuatro mil quinientos trece. Esta última ley es inconstitucional pues según su artículo cuarto el pago de la indemnización justipreciada se efectuará... en cinco armadas anuales iguales... Viola pues el artículo ciento veinticinco de la Ley de Leyes. Y, la ley veinticinco mil cincuentiuno, no puede ser aplicada pues se apoya en una ley inconstitucional.

La ley veinticinco mil cincuentiuno establece la aplicación de un procedimiento de expropiación especial e írrito y distinto al general, toda vez que debió expresar que la expropiación debe hacerse de conformidad con la Ley General de expropiación contenida en el Decreto Legislativo trescientos trece. Viola el artículo segundo inciso 1) de la Constitución que dice: “ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley ni sometida a procedimientos distintos de los previamente establecidos...”. Constituye una garantía de la administración de Justicia y viola el Debido Proceso innominado contenido en el artículo doscientos treintitrés de la Carta Fundamental. Además el terreno de propiedad de la Asociación Pro-Vivienda “El Milagro” no está ubicado en los llamados Pueblos Jóvenes y tiene viviendas construídas por lo que tampoco se le puede aplicar la ley veinticuatro mil quinientos trece por disponerlo así el inciso e) de su artículo segundo en el caso —que no lo estuvieran— y

que dice: “En ningún caso podrán ser objeto de esta ley (la veinticuatro mil quinientos trece) los terrenos de propiedad de Asociación es Pro-Viviendas”.

Expuesta así la situación resultan dos razonamientos:

- 1.- La ley cuestionada adolece del Principio de razonabilidad que motive su dación. También del de Legitimidad.
- 2.- No se observa la aplicación del Principio de Utilidad pública e Interés Social que debe caracterizar a toda norma expropiatoria.

¿Qué se entiende por Utilidad pública e Interés Social?

El Constitucionalista y administrativista Eduardo García de Enterría comentando la Ley de expropiación Española dice: por utilidad pública se entiende las exigencias del funcionamiento de la Administración (obras públicas, servicios públicos) o de sus concesionarios, en tanto que por “Interés Social” habrá que entender cualquier forma de interés prevalente al interés individual del propietario distinto del supuesto anterior. Esto es: el “Objetivo Público” remite a una organización pública beneficiaria o a las exigencias de su funcionamiento intrínseco...”. Esto no se da en la ley veinticinco mil cincuentiuno.

332

La expropiación que resulta de la ley veinticinco mil Cincuentiuno, no responde desde el punto de vista jurídico racional, al concepto de “Utilidad pública” que inexcusablemente debe servirle de base. “Como anota Miguel S. Marienhoff connotado administrativista, en todos estos casos la expropiación dispuesta por el legislador debe ser desestimada por los jueces. Y, agrega, la ley pertinente puede ser objetada ante la autoridad judicial... a efecto de que esta declare inconstitucional dicha ley sobre expropiación por no concurrir en el caso la “utilidad pública” exigida por la Constitución. Ante la impugnación a una ley que adolezca de tal falla, la justicia debe declarar su inconstitucionalidad”.

El Debido Proceso Legal para Aníbal Quiroga León “es la institución del Derecho Constitucional Procesal que identifica los principios y presupuestos procesales mínimos que debe reunir todo proceso judicial jurisdiccional para asegurar al justiciable la certeza, justicia y legitimidad de su resultado”. La ley veinticinco mil cincuentiuno viola el Debido Proceso Legal al infringir los incisos primero y segundo del artículo doscientos treintitrés de la Ley Fundamental, referido a la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. Esto sucede cuando al interponerse la acción judicial de expropiación según el artículo cuarto de la ley, el Municipio inscribirá el plano perimétrico del Pueblo Joven y la propiedad del terreno a su favor, antes de

que la autoridad judicial dicte sentencia expropiatoria, se autoriza al Municipio a hacerlo como si hubiera sentencia firme.

El terreno que se expropia en su totalidad cuatrocientos sesentiún mil trescientos ochenticinco punto cinco metros cuadrados (461,385.5 m²), es de propiedad privada, y no municipal, y uno de los que más recibe con la expropiación es la Municipalidad del Distrito de San Ramón, Provincia de Chanchamayo, Departamento de Junín; no siendo el terreno de propiedad comunal y si así lo fuera se violaría el artículo ciento setentitres de la Carta que dispone para, la expropiación de terrenos comunales la necesidad y utilidad pública **y pago previamente en dinero**, lo que en contrario dispone la ley inconstitucional veinticuatro mil quinientos trece.

A la ley veinticinco mil cincuentiuno le falta también Legitimidad, pues infringe el artículo ciento noventinueve, segundo párrafo de la Ley de Leyes, pues por él los parlamentarios no tienen iniciativa para crear y aumentar gastos públicos; salvo para su propia economía de acuerdo al numeral ciento setentisiete de la Carta. La ley veinticinco mil cincuentiuno fué dictada por iniciativa parlamentaria y no del Poder Ejecutivo.

La ley veinticinco mil cincuentiuno carece de los principios de Legalidad y Legitimidad, por lo cual no es imperativa en opinión del tratadista Karl Loewenstein.

333

Por todo lo expuesto y en aplicación de los artículos ochentisiete y doscientos treintiseis de la Constitución Política del Estado que dispone la primacía de la Carta, **MI VOTO** es porque se declare **FUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el señor Fiscal de la Nación y de acuerdo al artículo trescientos uno de la Ley Fundamental se comunique al congreso Nacional la presente sentencia para que derogue la ley veinticinco mil cincuentiuno.

JAIME DIEZ-CANSECO YANEZ

Magistrado del Tribunal de Garantías Constitucionales.

Fecha la misma

Lo que certifico:

Gabriela Guillén Fernández.

Secretaria de Sala del TGC.

**VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO DOCTOR ESPINAL
CRUZADO PORQUE SE DECLARE INFUNDADA LA ACCIÓN DE
INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA LA LEY No. 25051**

El señor Fiscal de la Nación doctor Manuel Catacora Gonzáles interpone acción de inconstitucionalidad contra la Ley número veinticinco mil cincuentiuno de veinte de junio de mil novecientos ochentinueve, mediante la cual el Congreso Nacional “declaró de necesidad y utilidad pública la expropiación de un área de cuatrocientos sesentiún mil trescientos ochenticinco punto cinco metros cuadrados, para destinarlo a la expansión urbana del distrito de San Ramón, dentro de cuya superficie se incluyó “una porción de terreno de propiedad de la Asociación pro-Vivienda El Milagro, basándose en el inciso 1) del artículo sesentiséis de la Ley Orgánica del Ministerio Público, Decreto Legislativo número cincuentidós; en los Incisos primero y tercero de los artículos doscientos noventiocho y doscientos noventinueve respectivamente de la Constitución Política y en los artículos: veinticuatro inciso cinco, veinticinco y veintiocho de la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales número veintitrés mil trescientos ochenticinco. Sostiene el accionante que interpone la demanda porque la Ley citada carece de “todo sustento de racionalidad y legitimidad por provenir de un órgano que carece de iniciativa para impulsarla y, además, por atentar contra el derecho al Debido Proceso Legal, violando de esa manera derechos constitucionales reconocidos a todos los miembros de la sociedad y, en especial, a los miembros de la Asociación Pro-Vivienda El Milagro” que cuenta con doscientos cincuenticuatro miembros; que se constituyó por escritura pública el veintisiete de enero de mil novecientos ochentinueve; que se haya inscrita en el folio cuatrocientos setentiocho el Tomo ocho del Registro de Asociación es de Huancayo y que adquirió por compra-venta de la Cooperativa Agraria Juan Santos Atahualpa Ltda. “un predio rústico de noventa.quinientos metros cuadrados que formaba parte del “fundo el milagro” —integrante de la Cooperativa— ubicado en el Sector conocido con el mismo nombre del distrito de San Ramón, provincia de Chanchamayo, departamento Junín.

334

La compra-venta del terreno de noventa.quinientos metros cuadrados se realizó el primero de febrero de mil novecientos ochentinueve y la escritura pública se extendió al veintiséis de abril del mismo año, inscribiéndose transferencia en la Ficha cinco mil doscientos ochenticinco del Registro de Propiedad Inmueble de Huancayo. El terreno se subdividió en descuento cincuenticuatro lotes de “aproximadamente doscientos metros cuadrados cada uno entregándoseles a cada uno de los miembros de la Asociación Pro-Vivienda Milagro. Muchos de ellos comenzaron la construcción de sus respectivas viviendas, se abrieron “calles y avenidas”; se nivelaron terrenos; “es decir, se inició el proceso de habilitación urbana”. O sea que, para el accionante, la habilitación urbana

la puede realizar cualquier agrupación o entidad privada, sin previa aprobación de los planes respectivos por las autoridades administrativas correspondientes.

La Ley número veinticinco mil cincuentiuno, atacada de inconstitucionalidad ordena la expropiación de cuatrocientos sesentíun mil trescientos ochenticinco punto cinco metros cuadrados, incluyendo en ella el terreno de noventa mil quinientos metros cuadrados “de propiedad de la Asociación Pro-Vivienda Milagro”, estableciendo como beneficiarios de la medida expropiatoria a Municipalidad distrital de San Ramón y a la Asociación Pro-Vivienda Santa Rosa” a que entregó ciento setenticuatro mil cuatrocientos diecinueve punto cincuenta metros cuadrados, dentro de cuya extensión quedó comprendido el terreno “de propiedad de la Asociación Pro-Vivienda El Milagro”.

Es necesario remarcar que el accionante hace una apreciación parcial de ambas instituciones, tanto del aspecto físico-legal del terreno como de normatividad Constitucional dentro de la cual se formaron y constituyeron, así como también del modo y forma como se cambia de uso el terreno que se transfirió a la Cooperativa Agraria Juan Santos Atahualpa Ltda.

Efectivamente, una parte del área, materia, de la expropiación está ocupada por dos Asociaciones Pro-Vivienda: por “El Milagro” y por “Santa Rosa”. El accionante sólo reseña la formalidad constitutiva y el modo como adquirió el terreno la primera de las nombradas; y, a la segunda, solo la menciona como beneficiaria de la expropiación, sin aportar ningún dato histórico, sociológico o jurídico sobre ella.

335

Pues bien, según el Dictamen conjunto cero ochentisiete de tres de mayo de mil novecientos ochentinueve emitido por las Comisiones de regionalización, Descentralización y Gobiernos Locales y de Vivienda y Construcción de la Cámara de Senadores, la Asociación Pro-Vivienda Santa Rosa del distrito de Ramón se constituyó el ocho de enero de mil novecientos setentiocho, según se desprende de la Resolución Directoral Regional número doscientos-veintiocho-ochenta-VC-siete mil doscientos de cuatro de agosto de mil novecientos ochenta.

Por otro lado, por Resolución Ministerial número mil doscientos cuatro-setentiu-no-VI-DU de siete de julio de mil novecientos setentiu-no, se aprobó la estructura urbana del distrito de San Ramón con el plano signado con el número siete-mil cuatrocientos cuatro-ochocientos setentiu-no, expedido por el Ministerio de vivienda y Construcción. De suerte que la Asociación Pro-Vivienda El Milagro, se conformó el veintisiete de enero de mil novecientos ochentinueve -cuando proceso legislativo de la Ley cuestionada estaba para finalizar. Este hecho, objetivamente, presenta a esta Asociación como constituida ante la inminencia de la aprobación de la Ley veinticinco mil cincuentiuno.

Pero, además, el acto constitutivo de la Asociación Pro-Vivienda El Milagro, adolece de nulidad, por infringir el inciso b) del artículo cuarenticinco del Reglamento de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, aprobado por Decreto Supremo número cero cero seis-SC de once de noviembre de mil novecientos sesentisiete, así como también el inciso cuatro del artículo ciento cuarenta y el inciso seis del artículo doscientos diecinueve del Código Civil vigente. Pues de acuerdo con el Decreto Asociativo Nacional que regula y norma la constitución y formación de las Asociación es Pro-Vivienda, estas se constituyen acatando las normas contenidas en la Ley número trece mil quinientos de veintiséis de enero de mil novecientos setentiuono y en su Reglamento aprobado por Decreto supremo número ciento treintiuno-H de diecisiete de Julio de mil novecientos sesenticuatro.

De suerte que, de acuerdo con dichas normas, las “Asociaciones Pro-Vivienda” se formalizan mediante asamblea general de los interesados en la que “se aprobara sus estatutos y serán elegidos en votación secreta los integrantes de los “Consejos de Administración, Vigilancia y Revisión de Cuentas, indicándose el término le duración de su mandato”. Luego la Asociación se inscribe en la dependencia respectiva del Ministerio de Vivienda y Construcción y con la certificación que le entregue dicha dependencia oficial se inscribe en los Registros Públicos.

336

De donde se desprende que la Asociación Pro-Vivienda El Milagro con la escritura pública que contiene su Constitución, en realidad, es una asociación civil, regulada y normada por el Título II de la Sección Segunda del Libro I del Código civil; y no, realmente, una Asociación Pro-Vivienda. Infriendo, entonces, que a pesar de que ambas se denominan Asociaciones Pro-Vivienda, sin embargo, entre ellas existen radicales diferencias sociales y jurídicas. Igual diferencia aparece de las actas de inspección ocular presentadas como recaudo de la demanda, en las que firman la Asociación Pro-Vivienda El Milagro el presidente del consejo directivo, el tesorero y un vocal. Pues, tratándose de una Asociación Pro-Vivienda quien debió firmar la solicitud y las actas respectivas debió ser el Presidente del Consejo de administración y algún otro dirigente autorizado por los estatutos o por la asamblea general respectiva.

La Asociación Pro-Vivienda Santa Rosa, jurídicamente, es una entidad conformada dentro y respetando los parámetros del Derecho Asociativo de Vivienda; y, sociológicamente, es un asentamiento humano un “pueblo joven” o “un barrio Marginal”, en tal condición, le son aplicables, en la medida que sean compatibles con el ordenamiento jurídico vigente: la Ley trece mil quinientos diecisiete: Ley Orgánica de Barrios Marginales de catorce de febrero de mil novecientos sesentiuono, su Reglamento aprobado por Decreto Supremo número veintitres de veintiuno de julio de mil novecientos se-

sentium; la Ley Orgánica de Municipalidades número veintitrés mil ochocientos cincuentitrés y la Ley Sobre Saneamiento de la Estructura Físico-Legal de los Pueblos Jóvenes número veinticuatro mil quinientos trece de tres de junio de mil novecientos ochentiseis artículos dos, tres, cuatro, seis, etc.

De acuerdo con la legislación primeramente citada se considera “Barrio Marginal” o “Barriada” la zona de terreno de propiedad, fiscal, municipal, comunal o privada que se encuentre dentro de los límites de centros poblados capitales de circunscripciones política-administrativas, o en sus respectivas áreas suburbanas o aledañas en las que, por invasión y al margen de las disposiciones legales sobre propiedad, con autorización municipal o sin ella, sobre lotes distribuidos sin planos”.

De manera que, de acuerdo con el sistema jurídico-legal anotado, la Asociación Pro-Vivienda Santa Rosa corresponde históricamente a un “Barrio Marginal”, denominado actualmente “Pueblo Joven” o Asentamiento Humano”. Mientras que la Asociación Pro-Vivienda El Milagro, como se ha expresado, es una asociación civil, aún cuando responda a la denominación de Asociación Pro-Vivienda, regulada por el Código Civil y no por el Derecho Asociativo especial ente dictado por el Estado para facilitar o promover el acceso de la población de menores recursos económicos a la vivienda propia.

Además, la operación de compra-venta de los noventa mil quinientos metros cuadrados realizada con la Cooperativa Agraria Juan Santos Atahualpa Ltda., aparece únicamente solventada por el “informe cero cero siete-ochentinueve-DRN-DR del Ministerio de Agricultura este documento, formalmente: no tiene significación legal de acuerdo con los Principios Básicos del Texto Único Concordado del Decreto Ley número diecisiete mil setecientos dieciséis, especialmente de los artículos setenticuatro, ochentiseis y ochentisiete; razón por la cual, la transferencia de dominio de los noventa mil quinientos metros cuadrados se hizo violando la normatividad agraria señalada anteriormente. Por otra parte, la infracción legal se ha producido aun cuando la Cooperativa Agraria hubiera sido objeto de parcelación o de cambio de modelo empresarial de acuerdo con las reglas expresamente señaladas en el Decreto Legislativo número dos de diecisiete de noviembre de mil novecientos ochenta y en su Reglamento aprobado por Decreto Supremo número ciento cuarentisiete-ochentiuno-A G de dos de octubre de mil novecientos ochentiuno.

Pues bien, la infracción jurídico-agraria es mucho más grave, si se considera, que como recaudo de la demanda se presenta una “resolución” del Director (E) Recursos Naturales y Desarrollo Rural de la Unidad Agraria Departamental XVI Junín de veintiuno de abril de mil novecientos ochentinueve, la que apoyándose en el artículo noventiocho del Texto Único Concordado del Decreto Ley número diecisiete mil setecientos dieciséis autoriza el “desmembramiento” del territorio de la Cooperativa Agraria Juan

Santos Atahualpa Ltda., para que de su predio rustico “El Milagro” venda noventa mil quinientos metros cuadrados a la Asociación Pro-Vivienda El Milagro.

La “resolución” citada es nula ipso-jure. Porque, el texto del acotado artículo noventa y cinco se refiere a la prohibición de la partición de un predio rural en extensiones “... menores a las de la Unidad Agrícola Familiar -sin cambio de uso de la tierra-; y segundo, porque contraría no sólo el texto expreso del Título primero del Texto único concordado sino también los artículos ciento cincuentisiete y ciento cincuentinueve de la Constitución Política del Estado; razón por la cual, la llamada “resolución” del director Encargado de Recursos Naturales y Desarrollo Rural dictó, con el objetivo, evidente, de facilitar la compra-venta de los noventa mil quinientos metros cuadrados. De lo que se concluye, que de conformidad con Inciso b) del artículo cuarenticinco del Reglamento de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, la citada “resolución” adolece de nulidad absoluta.

Por tanto, si nula es la “resolución” que sirvió para el pase de la compra-venta, el acto jurídico de transferencia de dominio es igualmente nulo de conformidad con lo prescrito por el artículo quinto del Título Preliminar y el artículo ciento cuarenta -inciso cuarto- del Código Civil.

338

La realidad es que, teniendo como fondo social: de un lado, las necesidades de expansión urbana del distrito de San Ramón; y de otro, las necesidades de vivienda del asentamiento humano Asociación Pro-Vivienda Santa Rosa, se proyectó primero y se aprobó y promulgó después de la Ley veinticinco mil cincuentiuno declarando de necesidad y utilidad pública la expropiación de la cuatrocientos sesentiu mil trescientos ochenticinco punto cinco metros cuadrados, destinados, como lo señala la Ley, para la expansión urbana del distrito conforme estaba precisado en el plano regulador signado con el número siete-mil cuatrocientos cuatro-ochocientos setentiuno y aprobado por Resolución ministerial número mil doscientos cuatro-setentiuno-VI-DU de siete de julio de mil novecientos sesentiuno expedida por el Ministerio de Vivienda y Construcción. De esta área de terreno por mandato de la misma Ley: correspondía doscientos sesenticuatro. setecientos diecinueve mil metros cuadrados para la Asociación Pro-Vivienda Santa Rosa; encargándose del proceso de expropiación y saneamiento físico legal a la municipalidad de Chanchamayo de conformidad con la regulación establecida en la Ley número veinticuatro mil quinientos trece.

Igualmente, sostiene, el accionante, que la inconstitucionalidad de la Ley veinticinco mil cincuentiuno descansaría en la violación de los artículos; ciento veinticinco, setentinueve, ciento diez y del derecho al Debido Proceso contemplado en el inciso uno del artículo doscientos treintitrés e inciso veinte del artículo segundo de la Carta fundamental.

Al respecto y en cuanto a los dispositivos citados: o no están debidamente aplicados o se les da un sentido diferente al que real y efectivamente tienen las normas constitucionales anotadas. Así, en relación con el artículo ciento veinticinco, si bien es cierto que la propiedad es inviolable y que el Estado la garantiza, también es verdad, que el Estado en ejercicio del *ius-imperium* que detenta, puede expropiar “para reforma agraria o remodelación de centros poblados”. Por cierto que esta facultad del Estado, para estas dos situaciones, tiene sus antecedentes histórico-jurídico en la Constitución de mil novecientos treintitrés, cuando en virtud de la Ley número quince mil doscientos cuarentidos de veintiocho de noviembre de mil novecientos sesenticuatro, se modificó el artículo veintinueve de dicha Carta Fundamental, permitiendo la “expropiación con fines de reforma agraria, irrigación, colonización o ensanche y acondicionamiento de poblaciones”.

En cuanto a los artículos setentinueve y ciento diez, en puridad de verdad, no favorecen al planteamiento de inconstitucionalidad: primero, porque para la Asociación Pro-Vivienda Santa Rosa desde mil novecientos setentiocho, la expropiación significa alcanzar la justicia social; y segundo, porque el Estado como República democrática y social está obligado a su realización en favor de los más necesitados en materia de vivienda.

Y, en lo que respecta a que la Ley veinticinco mil cincuentiuno atenta contra el derecho al Debido Proceso, en realidad, el fundamento jurídico tampoco es aplicable al caso sub-litis, por lo siguiente:

En el campo de la doctrina el procesalista uruguayo Eduardo J. Couture sostiene que el “procedimiento debido” o “Debido Proceso”, “constituye una garantía Constitucional no es, propiamente, un procedimiento”. De otro lado, afirma también, que la Suprema Corte de los Estados Unidos, “ha sostenido sistemáticamente, que la garantía del proceso debido... consiste en una razonable posibilidad de hacerse escuchar”. Y que, en todo caso, ese “hacerme escuchar” significaba asegurar al demandado “su día ante el Tribunal”. Luego, continúa afirmando, que interpretando el sentido de esta garantía “Su día ante el Tribunal”, ello, “equivale a las siguientes cosas: 1) que el demandado haya tenido debida noticia, la que puede ser actual o implícita, de la promoción de los procedimientos con los cuales el derecho puede ser afectado; 2) que se le haya dado una razonable oportunidad de comparecer y expresar sus derechos, incluso el derecho de declarar por sí mismo, el de suministrar testigos, de introducir documentos relevantes y otras pruebas; 3) que el Tribunal ante el cual los derechos son cuestionados, está constituido de tal manera que, da una seguridad razonable de su honestidad e imparcialidad; 4) que sea un tribunal de la jurisdicción adecuada -Estudios de Derecho Procesal Civil, tomo primero, páginas cincuentiocho, cincuentinueve y sesenta-

Y, para el Derecho positivo nacional, el Debido Proceso, aparte de los dispositivos Constitucionales citados anteriormente sus presupuestos actuales aparecen señalados en el artículo siete de la novísima Ley Orgánica del Poder Judicial: Decreto Legislativo seiscientos doce.

De manera que hay confusión en la demanda cuando ella sostiene que se atenta contra el derecho al Debido Proceso porque la Ley veinticinco mil cincuentiuno dispone que la expropiación se tramite con las reglas de la Ley veinticuatro mil quinientos trece y no por las normas de la Ley General de Expropiación: Decreto Legislativo número trescientos trece.

En el caso sub-materia, como se viene insistiendo, la Ley cuestionada se refiere a la expropiación de un terreno en favor de un “Pueblo Joven” —Asentamiento Humano Santa Rosa—, considerado como tal “a todo aquel establecido sin título legal en terrenos de propiedad fiscal, municipal, comunal o privada que haya solicitado su reconocimiento al catorce de abril de mil novecientos ochentiseis” —artículo dos de la Ley veinticuatro mil quinientos trece: Saneamiento de la Estructura Físico-Legal de los Pueblos Jóvenes—.

340

Asimismo, sostiene el accionante que en la expropiación no se darían las condiciones de necesidad y utilidad pública, y que el Congreso, habría violado la Constitución, porque estaría impedido de “ordenar expropiaciones”.

Con respecto a lo primero, los artículos: setenticinco y setentiseis de la Ley Orgánica de Municipalidades, número veintitrés mil ochocientos cincuentitrés de ocho de junio de mil novecientos ochenticuatro son terminantes: Sobre todo cuando establece que “se considerara causas de necesidad pública y de interés social: 1) la creación, ampliación, embellecimiento y saneamiento de las ciudades y 2) la ejecución de obras que figuren en los planos urbanos de las ciudades, etc.”. Y, por supuesto tampoco se viola la norma Constitucional que prohíbe a los parlamentarios crear gastos para el Presupuesto General de la República, porque la misma Ley establece que la expropiación será de responsabilidad del Concejo Provincial de Chanchamayo.

Finalmente, la Ley veinticinco mil cincuentiuno no sólo se ha expedido teniendo en cuenta los artículos diez y dieciocho de la Carta Magna, sino también las disposiciones del Derecho Municipal Nacional, razón por la cual, por los fundamentos expuestos y lo establecido por los artículos: diecinueve y veintiuno de la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales, la Ley veinticinco mil cincuentiuno de veinte de junio de mil novecientos ochentinueve, es Constitucional por el fondo y por la forma, por consiguiente, **MI VOTO**, es porque se declare **INFUNDADA** la acción de inconstitucionalidad interpuesta por el señor Fiscal de la Nación.

EFRAÍN ESPINAL CRUZADO

Magistrado del Tribunal de Garantías Constitucionales

Lo que certifico:

Gabriela Guillén Fernández.

Secretaria de Sala del TGC.

FUNDAMENTO DE VOTO

FUNDAMENTOS DE VOTO POR LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY NÚMERO VEINTICINCO MIL CINCUENTIUNO DEL SEÑOR MAGISTRADO DOCTOR PELAYO SAMANAMUD RUBIN.

VISTOS; Y CONSIDERANDO:

Que, la Ley número veinticinco mil cincuentiuno es inconstitucional porque infringe el inciso veinte letra L del artículo segundo de la Constitución Política del Estado, al violar el derecho de toda persona a no ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimientos distintos de los previamente establecidos. La ley número veinticinco mil cincuentiuno remite toda la expropiación concreta que ella indica a la ley número veinticuatro mil quinientos trece para el proceso de expropiación, no obstante, que esta última ley solamente se refiere a la expropiación y saneamiento físico legal de inmuebles ubicados en Pueblos Jóvenes y pese a que dentro del área de terreno que se expropia que es de cuatrocientos sesentiu mil trescientos ochenta y cinco metros cuadrados se encuentran noventa mil quinientos metros cuadrados de propiedad de la Asociación Pro-Vivienda El Milagro que precisamente no están ubicados en Pueblos Jóvenes y en el supuesto que lo estén, la propia Ley número veinticuatro mil quinientos trece los excluye de su ámbito de aplicación por disponerlo el inciso e) de su artículo segundo. Las pruebas pertinentes presentadas con la demanda evidencian, que el indicado terreno de propiedad de la citada Asociación fue comprado por ésta al C.A.P. Juan Santos Atahualpa y está en pleno proceso de habilitación urbana, dándosele el uso de interés social correspondiente. Además, también producen certeza, que la mencionada Asociación se constituyó socialmente con anterioridad a la ley número veinticinco mil cincuentiuno. En la legislación vigente hay tres procedimientos de expropiación, el del Decreto Legislativo número trescientos trece —Ley General de Expropiación— el de la Ley Especial número veinticuatro mil quinientos trece y el del Decreto Ley de Reforma Agraria que está en desuso porque ya terminó la reforma agraria, el primero al que no se ha remitido la Ley número veinticinco mil cincuentiuno, el segundo al que envía expresamente la Ley impugnada número veinticinco mil cincuentiuno, pero como la propia ley número veinticuatro mil quinientos trece excluye de su competencia expropiatoria al inmueble mencionado de la referida asociación, en realidad la Ley número veinticinco mil cincuentiuno ha sometido toda la expropiación indicada de cuatrocientos sesentiu mil trescientos ochenticinco metros cuadrados a procedimiento distinto y no previamente establecido, situación jurídica que está profundizada, al disponer el artículo tercero de la ley número veinticinco mil cincuentiuno, “deróguese los dispositivos

legales que se opongan a la presente ley” y al derogar el inciso e) del artículo segundo de la Ley número veinticuatro mil quinientos trece por oponerse a ella, derogación que ha producido precisamente la reestructuración del procedimiento contenido en la Ley número veinticuatro mil quinientos trece, por lo que el procedimiento que hay actualmente en la indicada Ley número veinticuatro mil quinientos trece por la mencionada reestructuración ya no es previamente establecido a la Ley número veinticinco mil cincuentiuno y al remitir esta última Ley toda la expropiación concreta que ella indica a la Ley número veinticuatro mil quinientos trece para el proceso de expropiación en lugar de hacerlo al Decreto Legislativo número trescientos trece — Ley General de Expropiación— que sí es un procedimiento previamente establecido pertinente, la Ley número veinticinco mil cincuentiuno ha violado el inciso veinte letra L del artículo segundo de la Constitución Política del Estado. El Jurista Lagras Lacambra, afirma: “La norma constitucional que garantiza no ser sujetado o arraigado a procedimientos distintos de los previamente establecidos o no ser desviado de la jurisdicción prefijada, por su naturaleza es pétrea, preferente e irreformable solo removible por el Poder Fundante, el Poder Constituyente, la ley violatoria es íntegramente inconstitucional”.

El Jurista Loewenstein, sostiene: “Toda norma constitucional prohibitiva o que otorga derechos o esté vinculada a la estructura del Estado, es por su naturaleza intangible e irreformable, únicamente removible por el Poder Constituyente que es Super Poder, la Ley que la vulnere o amenace violarla es íntegramente inconstitucional”.

343

Que la inconstitucional Ley número veinticinco mil cincuentiuno también infringe el inciso primero del artículo doscientos treintitrés de la Constitución Política del Estado, en lo referente a la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, violando el derecho al debido proceso legal que es una de las garantías de la administración de justicia. La Ley número veinticinco mil cincuentiuno al remitir toda la expropiación concreta que ella indica a la Ley número veinticuatro mil quinientos trece y al disponer esta última Ley en uno de los párrafos de su artículo cuarto que una vez promovida la acción judicial de expropiación, las Municipalidades inscribirán el plano perimétrico del Pueblo Joven y la propiedad del terreno a su favor, le está dando a las Municipalidades atribuciones que por su naturaleza son propias de la jurisdicción judicial, más aún, de ejecución de sentencia, vulnerándose así el principio constitucional de unidad y exclusividad jurisdiccional. El Jurista Sánchez Viamonte, sostiene “La norma Constitucional, que garantiza la unidad y exclusividad jurisdiccional es pétrea, inconstitucional e irreformable por naturaleza, sólo removible por el poder de los Poderes del Estado, el Poder Constituyente, la ley o norma de inferior jerarquía que la viole es íntegramente inconstitucional”.

Que la inconstitucional ley número veinticinco mil cincuentiuno también infringe el primer párrafo del artículo ciento ochentisiete de la Constitución Política del Estado. Dicho precepto constitucional dispone que pueden expedirse leyes especiales porque lo exige la naturaleza de las cosas pero no por la diferencia de las personas, sin embargo se da la ley número veinticinco mil cincuentiuno, por la que entre lo que se expropia esta el inmueble de propiedad de la Asociación Pro-Vivienda El Milagro para favorecer a la Asociación Pro-Vivienda Santa Rosa en desmedro de la Asociación Pro-Vivienda El Milagro, pese a que ambas Asociaciones son personas jurídicas y tienen idéntica finalidad social más aún, se establece así, privilegio de la Asociación Pro-Vivienda Santa Rosa sobre la Asociación Pro-Vivienda El Milagros, es más, la mencionada expropiación del indicado terreno de propiedad de la Asociación Pro-Vivienda El Milagro, por su naturaleza carece de necesidad y utilidad pública o interés social y a mayor abundamiento, la Ley número veinticinco mil cincuentiuno vulnera además, el inciso segundo del artículo segundo de la Constitución Política del Estado en lo referente a la igualdad ante la Ley también aplicable a las personas jurídicas por mandato del artículo tercero de la Ley de Leyes.

344

Que la inconstitucional Ley número veinticinco mil cincuentiuno también infringe el inciso segundo del artículo doscientos treintitrés de la Constitución Política del Estado en lo referente a que ninguna autoridad puede avocarse causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir el ejercicio de sus funciones. La mencionada violación constitucional se produce porque la Ley número veinticinco mil cincuentiuno remite toda la expropiación que ella indica a la Ley número veinticuatro mil quinientos trece y esta última ley en uno de los párrafos de su artículo cuarto dispone una vez promovida la acción judicial de expropiación, las municipalidades inscribirán el plano perimétrico del pueblo joven, y la propiedad del terreno a su favor vulnerándose así, el referido numeral constitucional porque antes que la autoridad judicial competente en su sentencia declare la expropiación ya se está autorizando a la Municipalidad respectiva a que proceda como si ya hubiera sentencia firme, más aún, en estado de ejecución de sentencia, es más, hay terminante interferencia en el ejercicio de la función jurisdiccional judicial y enfático avocamiento de causa pendiente ante el órgano jurisdiccional judicial. El Jurista Vanossi afirma “Toda ley que envía a ley inconstitucional es íntegramente inconstitucional, la misma situación jurídica rige para el reenvío”.

Que la inconstitucional Ley número veinticinco mil cincuentiuno también infringe el artículo ciento veinticinco de la Constitución Política del Estado. El mencionado precepto constitucional dispone la propiedad es inviolable, el Estado la garantiza, a nadie puede privarse de la suya sino por causa de necesidad y utilidad pública o de interés social, declarada conforme a ley previo pago en dinero de la indemnización justipreciada, la Ley establece las normas de procedimiento, valorización, caducidad

y abandono, asimismo ordena, la expropiación por causa de guerra, de calamidad pública, para reforma agraria o remodelación de centros poblados o para aprovechar fuentes de energía, el pago de la indemnización justipreciada puede hacerse en efectivo por armadas o en bonos de aceptación obligatoria y libre disposición, redimibles forzosamente en dinero, en tales casos la ley señala el monto de la emisión, plazos adecuados de pago, intereses reajustables periódicamente, así como la parte de la indemnización que debe pagarse necesariamente en dinero y en forma previa. La Ley número veinticinco mil cincuentiuno remite toda la expropiación que ella ordena a la Ley número veinticuatro mil quinientos trece, para el proceso de expropiación, no obstante, que esta última ley en uno de los párrafos de su artículo cuarto dispone, que el pago de la indemnización justipreciada se efectuara por la Municipalidad Provincial con el aporte de los beneficiarios, condicionando así, inconstitucionalmente el referido pago de la indemnización justipreciada a los sujetos pasivos de la expropiación o al expropiado por la Municipalidad Provincial a que se le paguen a esta los beneficios de la expropiación sus aportes, por lo que se ha violado no solamente el artículo ciento veinticinco de la Constitución Política del Estado sino también el inciso catorce del artículo segundo de la Ley de Leyes que garantizan el derecho de propiedad. Hay también otros fundamentos irrefutables, que la Ley impugnada número veinticinco mil cincuentiuno viola los artículos ciento veinticinco y segundo inciso catorce de la Constitución Política del Estado, porque la Ley número veinticinco mil cincuentiuno no expresa que la expropiación concreta que ordena es para remodelar centros poblados y es más, manda que entre lo que dispone expropiar, se expropie el terreno de la Asociación Pro-Vivienda El Milagro en beneficio de la Asociación Pro-Vivienda Santa Rosa, lo que no es precisamente expropiar para remodelar centros poblados, por lo que la ley número veinticinco mil cincuentiuno debió ordenar que la indemnización justipreciada por la expropiación se pague en dinero íntegramente y previamente a la declaración judicial de expropiación, lo que tampoco ha hecho, más aún, pero en el supuesto que la expropiación que indica la ley número veinticinco mil cincuentiuno sea para remodelar centros poblados en el Distrito de San Ramón de la Provincia de Chanchamayo del Departamento de Junín, el propio artículo ciento veinticinco de la Constitución Política del Estado en su último párrafo al referirse a la expropiación para remodelar centros poblados, ordena, que la Ley señale la parte de la indemnización justipreciada que debe pagarse necesariamente en dinero y en forma previa y precisamente la Ley número veinticinco mil cincuentiuno no indica la referida parte de la indemnización justipreciada que debe pagarse previa y necesariamente en dinero antes de la declaración judicial de expropiación y por el contrario remite toda la expropiación que ella ordena a la Ley número veinticuatro mil quinientos trece, la que en uno de los párrafos de su artículo cuarto manda que la indemnización justipreciada se pague en dinero pero en cinco armadas anuales iguales y la primera

armada se pague dentro de los treinta días calendario de culminado el proceso judicial de expropiación, lo que es notoriamente inconstitucional, porque una parte de la indemnización justipreciada por la expropiación debe la Ley determinar, en este caso debió indicarlo la Ley impugnada número veinticinco mil cincuentiuno; lo que incuestionablemente no ha hecho y debió hacerlo, tiene que pagarse forzosamente y previa y necesariamente en dinero, antes de la declaración judicial de expropiación. El terreno que se expropia que en su totalidad es de cuatrocientos sesentinueve mil trescientos ochentidós metros cuadrados es de propiedad privada, mas no propiedad municipal, porque precisamente uno de los beneficiarios de la expropiación más aún, el que más recibe por la expropiación es la Municipalidad del Distrito de San Román de la Provincia de Chanchamayo del Departamento de Junín, ni tampoco el referido terreno es de propiedad comunal, pero en el supuesto que lo sea sólo puede serlo en su mayor extensión, y se habría vulnerado también el artículo ciento setentidós de la Constitución Política del Estado que exige para la expropiación de terrenos comunales no sólo necesidad y utilidad pública sino también que la indemnización por la expropiación se pague previamente y en dinero. En toda expropiación constitucional debe haber justicia, seguridad jurídica y legitimidad constitucional, sin embargo la Ley número veinticinco mil cincuentiuno y la Ley número veinticuatro mil quinientos trece contradicen los indicados principios.

346

El Jurista Vanossi afirma: “Toda Ley que envía a Ley inconstitucional es íntegramente inconstitucional, igual situación jurídica rige para el reenvío”. El Jurista Fraga Iribarne sostiene: “La condición que dispone la ley para el pago de la expropiación, si esta en oposición con la Constitución del Estado origina la inconstitucionalidad total de la Ley”.

Que la inconstitucional Ley número veinticinco mil cincuentiuno también infringe el segundo párrafo del artículo ciento noventinueve de la Constitución Política del Estado.

El mencionado precepto constitucional dispone, que los representantes al Congreso no tienen iniciativa para crear ni aumentar gastos públicos, salvo lo dispuesto en el artículo ciento setentidós, que en lo económico se refiere a sancionar su presupuesto y arreglar su economía. El proyecto de ley con el que se inicia el proceso de formación legislativa de la Ley número veinticinco mil cincuentiuno fue presentado a la Cámara de Diputados por varios Diputados Nacionales. La Ley número veinticinco mil cincuentiuno remite toda la expropiación que ella ordena a la Ley número veinticuatro mil quinientos trece y ni la Ley número veinticinco mil cincuentiuno ni la Ley número veinticuatro mil quinientos trece se ocupan de los gastos que se producen en toda expropiación, culmine o no culmine esta por caducidad o abandono, por lo que

aplicando supletoriamente el Decreto Legislativo número trescientos trece —Ley General de Expropiación— los gastos de expropiación son pagados por el sujeto activo de la expropiación, que en la expropiación que ordena la Ley número veinticinco mil cincuentiuno es la municipalidad respectiva, pero el indicado sujeto activo de la expropiación al actuar por delegación del Estado en el referido proceso de expropiación tiene el derecho a que el Estado le reembolse dicho gasto, más aún, si los beneficiarios en la indicada expropiación no están obligados a pagar dicho gasto y el pago del reembolso por el Estado precisamente constituye gasto público que la Ley número veinticinco mil cincuentiuno crea por iniciativa de representantes al Congreso Nacional mas no por iniciativa del Poder Ejecutivo, no obstante, que el artículo ciento noventinueve de la Constitución Política del Estado es enfático al respecto. Además, la Ley número veinticinco mil cincuentiuno desde la etapa inicial de su formación legislativa es inconstitucional en su integridad. También es conveniente abundar en precisiones respecto a que la Municipalidad respectiva tiene todo el derecho a que el Estado le reembolse el pago que efectúe por los gastos que origine el proceso de expropiación y que no es obstáculo, que el proceso de expropiación es de responsabilidad de la Municipalidad Provincial de Chanchamayo según el artículo primero segundo párrafo de la ley número veinticinco mil cincuentiuno porque la referida responsabilidad no excluye ni suprime el derecho que tiene la Municipalidad indicada a que los citados gastos le sean reembolsados por el Estado e incuestionablemente el mencionado reembolso por parte del Estado es gasto público del Estado.

Que el Tribunal de Garantías Constitucionales al sentenciar en el presente proceso sobre inconstitucionalidad de la ley número veinticinco mil cincuentiuno está ejercitando el control concentrado, principal y general sobre la referida Ley, con sujeción a lo pertinente de la Constitución Política del Estado y de la Ley número veintitrés mil trescientos ochenticinco —Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales—.

Por los fundamentos mencionados y estando a lo dispuesto en los artículos ochentisiete, doscientos noventiocho inciso primero, trescientos y trescientos uno de la Constitución Política del Estado; uno, dos, seis, ocho, diecinueve, veinte, veintinueve, veintidós, veinticinco, treintidós, trentitres, treinticuatro, y treinticinco de la ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales número veintitrés mil trescientos ochenticinco, y última parte del artículo diecinueve del Reglamento General del Tribunal de Garantías Constitucionales, **MI VOTO** es porque se declare **FUNDADA** la acción de inconstitucionalidad interpuesta por el Fiscal de la Nación y por tanto carece de validez y efectos jurídicos por inconstitucional la ley número veinticinco mil cincuentiuno y subsecuentemente se declare fundada la demanda; y en **CONSECUENCIA:** pronunciada la sentencia que declare la inconstitucionalidad de la

Ley número veinticinco mil cincuentiuno, que se notifique la sentencia de inconstitucionalidad al Presidente del Congreso de la República a fin de que de conformidad con los artículos trescientos uno de la Constitución Política del Estado y treinticinco de la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales número veintitrés mil trescientos ochenticinco, el Congreso de la República por el solo mérito de la referida sentencia apruebe la ley que derogue la mencionada Ley número veinticinco mil cincuentiuno; debiendo entenderse la Ley número veinticinco mil cincuentiuno por derogada, si transcurridos cuarenticinco días naturales de haber comunicado el Tribunal de Garantías Constitucionales la sentencia al Presidente del Congreso de la República, el Congreso de la República no haya promulgado la Ley que derogue la Ley número veinticinco mil cincuentiuno; la Ley declarada inconstitucional al vencimiento de dicho plazo deja de tener vigencia; igualmente que se notifique la sentencia al Fiscal de la Nación con arreglo a Ley; igualmente que la sentencia se publique en el diario oficial “El Peruano”; efectuadas las notificaciones indicadas la sentencia se registra y archivará donde corresponda para los fines consiguientes.

PELAYO SAMANAMUD RUBIN

Magistrado del Tribunal de Garantías Constitucionales

TRIBUNAL DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

RESOLUCIÓN.-

Arequipa, 8 de noviembre de 1990

Atendiendo: a que la sentencia de este Tribunal de Garantías Constitucionales de trece de Agosto último, fue comunicada al señor Presidente del Congreso, el día dieciocho de Setiembre próximo pasado, a través del Oficio número ciento ochentiocho-noventa-P/TGC; que desde esa fecha han transcurrido más de cuarenta y cinco días naturales sin que el Congreso Nacional haya expedido la ley derogatoria de la veinticinco mil cincuentiuno declarada inconstitucional por lo que es de aplicación el segundo párrafo del artículo treinticinco de la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales número veintitrés mil trescientos ochenticinco que dispone que vencido el plazo citado se considera derogada la norma inconstitucional y en cumplimiento de su última parte **mando** que se publique la sentencia en el diario oficial.

JORGE LEON SEMINARIO
PRESIDENTE

Fecha la misma

Lo certifico:

Dra. María Luz Vásquez Vargas
Relatora-Secretaria del Tribunal de Garantías Constitucionales.

Expediente 062-90-I/TGC

Proceso de inconstitucionalidad interpuesto por el Fiscal de la Nación contra la Ley 24243. El Tribunal emitió un pronunciamiento.

Fecha de emisión: 13 de agosto de 1990

Resumen: La sentencia comienza narrando los argumentos de la demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 24243, mediante la cual el Estado adjudicó un lote de terreno ubicado en la Urbanización “Pando, Tercera Etapa” al Club Yurimaguas de Lima. El predio en cuestión tuvo como propietario precedente a la Pontificia Universidad Católica del Perú, el cual se otorga al Estado, en cumplimiento de lo dispuesto por el Reglamento de Urbanizaciones de 1964, contenido en el Decreto Supremo 082-F del mismo año. Este reglamento establece que en todas las habilitaciones urbanas para uso de vivienda se debía ceder el 2% del área útil para fines comunales, y que en tal sentido el terreno en mención pasó a dominio del Estado.

Se explica que posteriormente, al dictarse el vigente Reglamento General de Construcción a que se refiere el Decreto Supremo cero-sesenta y dos-setenta-VI, se estableció que todos los terrenos aportados obligatoria y gratuitamente al Estado, en los casos de habilitaciones urbanas que no sean destinados a fines educativas, tenían que ser entregados al Concejo Distrital, en cuya jurisdicción se encontraba la habilitación urbana, debiendo destinarse a fines de “servicio público complementario”; consecuentemente, dicho terreno “sólo podía destinarse a fines de servicio público complementario” tal como sería “la construcción de una posta médica”.

Se resume en la sentencia el hecho que los pueblos de Yurimaguas afincados en la ciudad de Lima, estaban participando, de un lado, del afán integracionista de los pueblos del Perú; y de otro, estaban colaborando con el Estado para afianzar el orden social y promover el bienestar de su comunidad y por ende el del país. Sobre todo, con su Institución, el Club Yurimaguas, estaba propiciando la conservación y el mantenimiento de sus vínculos culturales nativos tal como lo señala el artículo 34 de la Constitución de 1979.

Se reafirma la importancia de la nación, concepto dogmático que informa a la Constitución de 1979. Esto es, que, dice: “la Nación es la titular del derecho sobre todos los bienes con los cuales actúa el Estado”, y, por consiguiente, que el Presidente de la república “no es más que un representante de la Nación... es un administrador de sus bienes y como tal, sin facultades de propietario; subordinando el uso de los bienes únicamente a las potestades que nacen de la voluntad del mandante, que es el pueblo””. Asimismo, se afirmó en la sentencia, que el Club Yurimaguas es una institución asociativa que agrupó al pueblo de Yurimaguas, residente en la Capital de la República. El Congreso, que está integrado por los representantes de la Nación al aprobar y promulgar la Ley cuestionada, ha procedido de acuerdo con el mandato constitucional del que está investido al momento de emanar la ley cuestionada.

Se sintetizaron los argumentos del demandante y en ellos este dejó ver que se contrastan dos intereses, uno por parte de la salud, que sería defendido por la Asociación de Propietarios, y otro, de carácter privado, que estaría representado por los asociacionistas del Club Yurimaguas. Se afirmó que los clubes provinciales o regionales, en general, y el Club Yurimaguas, en particular, que se constituyeron en la Capital de la República lo hacen, fundamentalmente, para mantener viva la cultura y el folklore nativos. Ambos valores representan anhelos del Perú profundo. Por consiguiente, se resumió que si apológicamente fuese viable la suma de valores, los integrantes de la Institución regional sumarían hasta tres valores a su favor. Al valor de la salud, que es general a toda la población del país, incluyendo a los miembros del Club Yurimaguas, se le sumarían los valores de la cultura y del folklore nativo.

352

Finalmente, se afirma en la sentencia que a la Ley 24243 no le alcanza las calificaciones de irracionalidad y de ilegalidad con las que la ataca el accionante. Se afirmó que esta posición se sustentó además de los fundamentos doctrinarios y jurídicos en referencias normativas como son los artículos: 18, 30 y 4 y el inciso 1 del artículo 186 de la Constitución: (i) porque “la Ley regula la utilización del suelo urbano, de acuerdo con el bien común”; (ii) porque “el Estado promueve y estimula las manifestaciones de las culturas nativas, así como las peculiares y genuinas del folklore nacional”; y (iii), porque “la potestad de afectar o regular el uso de los bienes públicos es índole legislativa”. Por tanto, los magistrados León Seminario, Centurión Vallejo, Valenzuela Astete y Espinal Cruzado votaron porque se declare infundada la demanda.

Se explicó en la sentencia que los principales argumentos que se subsumen en el voto a favor de la demanda, esto es, la inconstitucionalidad de la ley cuestionada se resumieron en dos aspectos de la ley, por un lado, que adolecía del principio de razonabilidad y, por otro lado, que no se observaba la aplicación del principio de utilidad pública e interés social que debía caracterizar a toda norma expropiadora. Otro

argumento recogido a favor de la inconstitucionalidad es que el Estado, para poder disponer tanto de los bienes públicos como de los privados, debía hacer uso de uno de sus pilares fundamentales: El interés social “promoviendo el bienestar general basado en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado del país” (artículo 80 de la Constitución). Resumiendo la posición en contra de la inconstitucionalidad, responde negativamente a la interrogante sobre si hubo interés social al dictarse la ley cuestionada.

Desarrollando el contenido del interés social, desde esta postura, se afirmó que el Estado tenía necesidad de promover el bienestar general, el cual debía estar orientado a que los beneficios puedan ser otorgados a grupos humanos concretos. En el caso, expresaba que la cesión del terreno por la Pontificia Universidad Católica del Perú, en cumplimiento del antiguo Reglamento de Urbanizaciones fue para fines comunales, el reglamento vigente de esa época los destinaba obligatoriamente a fines de servicio público complementario, léase, según la línea argumentativa seguida, posta médica.

Asimismo, sintetizando esta postura se afirmó que la Ley 24243 al adjudicar el terreno al Club Yurimaguas de esta capital a fin de que edifique un local, era inconstitucional, por carecer o por tener un interés social inferior al dedicarlo a una posta médica que beneficiaba a la mayoría y no a un interés privado como es el Club Yurimaguas, “por más que pueda ser constituido por oriundos de la provincia de este nombre”. Por consiguiente, concluyó afirmando que la ley mencionada es injusta porque no buscaba el bien de los gobernados, sino el bien de un club particular.

353

Esta postura expresada supra resume los votos de los magistrados Díez-Canseco Yañez, Alfredo Corso Masias y Hector Diaz Valdivia, quienes expresaron que el Tribunal declare fundada la acción de inconstitucionalidad interpuesta por el señor Fiscal de la Nación contra la Ley 24243.

Siguiente el mismo sentido, el magistrado Pelayo Samanamud Rubin señala que la Ley 24243, norma cuestionada, infringía el artículo 80 de la Constitución de 1979, porque se promovía el bienestar general basado en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado del país, dando preferencia a un interés social sobre un interés particular y no a la inversa como ocurría con la Ley 24243. También infringía el artículo 110 de la Constitución de 1979, porque no había justicia social si se diese preferencia al interés particular sobre el interés social. E infringió el artículo 15 de la Constitución de 1979 porque el referido precepto constitucional disponía que tienen el derecho a la protección de la salud integral y el deber de participar en la promoción y defensa de su salud, la de su medio familiar y de la comunidad y precisamente la indicada ley impugnada daba preferencia a un interés particular como es la adjudicación que ella ordenaba en beneficio del Club Yurimaguas en lugar de haberse dispuesto la referida adjudicación a favor de una posta médica.

Finalmente, esta sentencia tuvo el sentido de un pronunciamiento, no se declaró inconstitucional ni esto implicó que sea constitucional, por tal motivo dejando la posibilidad incluso de emitirse un nuevo fallo respecto a esta misma causa, en caso de presentarse una nueva demanda.

Temas clave: Adjudicación — expropiación — interés social — propiedad — salud — utilidad pública.

TRIBUNAL DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

EXP. No. 062-90-I/TGC

**CASO: INCONSTITUCIONALIDAD PLANTEADA POR EL SEÑOR
FISCAL DE LA NACIÓN CONTRA LA LEY 21243**

PRONUNCIAMIENTO

En Arequipa, a los trece días del mes de Agosto de mil novecientos noventa el Tribunal de Garantías Constitucionales, se reunió en Sesión de Pleno Jurisdiccional, con asistencia de los señores:

León Seminario, Presidente; Centurión Vallejo, Vicepresidente; Corso Masías; Diez-Canseco Yáñez; Valenzuela Astete; Díaz Valdivia; Espinal Cruzado; Samanamud Rubín; no interviniendo el Señor Peláez Bazán por razones de salud; actuando como Secretaria la Doctora Gabriela Guillén Fernández, emiten el siguiente Pronunciamento después de haber deliberado en privado. Con el voto por la constitucionalidad de la ley de los señores León Seminario, Centurión Vallejo, Valenzuela Astete y Espinal Cruzado, con los votos por la inconstitucionalidad de la ley de los señores Corso Masías, Diez-Canseco Yáñez- Díaz Valdivia y Samanamud Rubín.

355

ASUNTO:

La Acción de Inconstitucionalidad interpuesta por el Señor Fiscal de la Nación doctor Manuel Catacora Gonzáles contra la ley número veinticuatro mil doscientos cuarentitrés mediante la cual el Estado adjudica al Club Yurimaguas de Lima un terreno para la construcción de su Club privado.

ANTECEDENTES:

Refiere el Señor Fiscal que con fecha quince de Julio de mil novecientos ochenticinco, se publicó en el Diario Oficial “El Peruano” la ley veinticuatro mil doscientos cuarentitrés, mediante la cual el Estado adjudicó un lote de terreno ubicado en la Urbanización “Pando, Tercera Etapa” al Club Yurimaguas de Lima, con la finalidad de que éste construyera su local institucional privado.

Sostiene además que el terreno en cuestión fue entregado al Estado por su propietario original, la Pontificia Universidad Católica del Perú, en cumplimiento de lo dispuesto por el Reglamento de Urbanizaciones de mil novecientos sesenticuatro, contenida en el Decreto Supremo cero ochentidós-F del mismo año, que establece que en todas las habilitaciones urbanas para uso de vivienda se debía ceder el dos por ciento del área

útil para fines comunales, y que en tal sentido el terreno en mención de setecientos cincuenta metros cuadrados ubicado en la calle Santa Mariana número ciento cuarentiocho, lote catorce, manzana 3-6 de la Urbanización Pando, Tercera Etapa pasó al dominio del Estado. Posteriormente al dictarse el vigente Reglamento General de Construcción a que se refiere el Decreto Supremo cero-sesentidós-setenta-VI, se estableció que todos los terrenos aportados -obligatoria y gratuitamente al Estado, en los casos de habilitaciones urbanas que no sean destinados a fines educativas, tenían que ser entregados al Concejo Distrital, en cuya jurisdicción se encuentra la habilitación urbana, debiendo destinarse a fines de “servicio público complementario”; consecuentemente, dicho terreno “sólo podía destinarse a fines de servicio público complementario como lo es la construcción de una posta médica”.

Indica también el Señor Fiscal que como el Estado no cumplía dicha finalidad, la Asociación de Propietarios y Residentes de la Urbanización anotada. Inició las gestiones ante el Ministerio de Salud a fin de lograr construir o implementar la posta médica sobre el citado terreno, sin embargo, ni el Congreso de la República al aprobar el proyecto de ley, ni el Presidente al promulgarla, tomaron en cuenta las necesidades sociales de aquel sector de la población, adjudicando el terreno sub-litis al Club Yuri-maguas para la edificación de su “local social”.

356

Fundamenta su demanda el Señor Fiscal en lo dispuesto por los Artículos dos, quince, dieciséis, ochenta, ciento diez, al ciento sesentitrés y ciento veinticuatro de la Constitución Política del Estado. La Acción de Inconstitucionalidad fue declarada admisible en Pleno Jurisdiccional del catorce de Junio de mil novecientos noventa y se dispuso el traslado de ella a la Comisión Permanente del Congreso por encontrarse en ejercicio de sus atribuciones debido al receso del Parlamento; habiendo vencido el término de ley sin haberse absuelto el trámite del traslado corrido ni apersonado a la instancia es llegado el momento de dictar sentencia, luego de haberse producido la vista de la causa de acuerdo a los Artículos treintiuno, treintidós y treintitrés de su Ley Orgánica número veintitrés mil trescientos ochenticinco.

Efectuada la votación se obtuvo el siguiente resultado; los señores León Seminario, Centurión Vallejo, Valenzuela Astete y Espinal Cruzado votaron en el sentido de que la demanda era Infundada, es decir Constitucional la Ley 24243. Los señores Corso Masías, Diez- Canseco, Díaz Valdivia y Samanamud Rubin votaron en el sentido que la demanda era fundada, es decir que la Ley 24343 era Inconstitucional. Visto el resultado de la votación y estando a lo prescrito en el Artículo octavo de la Ley Orgánica del Tribunal, que dispone que para obtener resolución en acciones de Inconstitucionalidad, se requiere de seis votos conformes. No habiéndose obtenido este número en la indicada votación, la Ley 24243 conserva su vigencia; y los accionantes su derecho

a replantear la demanda. Agregándose como parte integrante de lo actuado, los votos de los señores Magistrados. Regístrese, comuníquese, publíquese y archívese.

LEON SEMINARIO
CENTURION VALLEJO
CORSO MATIAS
DIEZ-CANSECO YAÑEZ
VALENZUELA ASTETE
DIAZ VALDIVIA
ESPINAL CRUZADO
SAMANAMUD RUBIN

Lo que certifico:

Gabriela Guillén Fernández.
Secretaria de Sala del TGC.

**VOTO PORQUE SE DECLARE INFUNDADA LA ACCIÓN
DE INCONSTITUCIONALIDAD INTERPUESTA POR EL
SEÑOR FISCAL DE LA NACIÓN CONTRA LA LEY 24243, DE
LOS SEÑORES, LEON SEMINARIO, CENTURION VALLEJO,
VALENZUELA ASTETE Y ESPINAL CRUZADO**

VSTOS; Y CONSIDERANDO:

El señor Fiscal de la Nación doctor Manuel Catacora Gonzales, interpone acción de inconstitucionalidad contra la Ley número veinticuatro mil doscientos cuarentitrés de quince de Julio de mil novecientos ochenticinco mediante la cual el Estado adjudicó al club Yurimaguas de la ciudad de Lima, un terreno de setecientos cincuenta metros cuadrados, para su local institucional, ubicado en la calle Santa Mariana ciento cuarentiocho, Lote catorce Manzana J-cinco de la Urbanización Pando Tercera Etapa, terreno que la Universidad Católica del Perú aportará al Estado en cumplimiento del artículo cinco punto cuatro del Reglamento de Urbanización y Sub División de Tierras, aprobado por Decreto Supremo número ochentidós-F de dieciséis de Octubre de mil novecientos sesenticuatro.

358 La acción la interpone, porque, según el señor Fiscal, la Ley ha violado “derechos constitucionales reconocidos a todos los miembros de la sociedad y en particular a los miembros de la Asociación de Propietarios y Residentes de la Urbanización pando Tercera Etapa y Ampliación (APRUPA 3), señalando, especialmente, como transgredidos los artículos: ochenta, ciento veinticuatro, ciento diez, y ciento sesentitrés de la Constitución.

También afirma que la demanda la promueve a petición de los miembros de la Asociación de Propietarios y Residentes, porque en el terreno cuestionado debió construirse una posta médica como había sido sugerida por la citada Asociación, así como también porque la citada Ley carece “de todo supuesto de racionalidad y legitimidad”.

El terreno, materia de la litis, representa el dos por ciento del área bruta que corresponde al Estado por mandato del Reglamento de Urbanizaciones y Sub-División de Tierras —artículo cinco punto cuatro—, que fue aportado por la Universidad Católica del Perú, desde cuya oportunidad el Estado pasó a ser el titular del dominio de dicho bien.

La acción de inconstitucionalidad la formula el más alto representante del Ministerio Público, sin embargo de lo cual la demanda en sí, como documento, adolece de errores materiales y formales que restan gravitación jurídica al ataque de inconstitucionalidad de que es objeto la Ley veinticuatro mil doscientos cuarentitrés.

Así, por ejemplo, hay error material cuando el señor Fiscal en su escrito de demanda sostiene que en las habilitaciones urbanas para uso de vivienda se debe ceder al Estado el dos por ciento del “área útil”, cuando en realidad se trata del dos por ciento del “área bruta”. Otro error que consideramos, igualmente grave, es confundir los intereses de los pobladores agrupados en la Asociación de propietarios y Residentes de la Urbanización Pando Tercera Etapa y Ampliación (APRUPA 3) y los intereses del pueblo de Yurimaguas asociado en el Club del mismo nombre, que viven asentados en la Capital de la República. Este error, es básicamente de naturaleza sociológica. La Asociación de Propietarios y la Asociación del Club son dos realidades distintas: Una, constituida por la población de los residentes propietarios de la Urbanización Pando Tercera Etapa; y otra, por tal pueblo de Yurimaguas afincado en la ciudad de Lima.

En efecto, en el campo de la doctrina, “el concepto de pueblo difiere del de población, en cuanto él tiene un sentido ético y cultural, y la población un sentido político-administrativo” —Derecho Administrativo, Tomo Uno, página ciento setentiuño: Rafael Bielsa—.

Otro error de carácter formal tan grave como el anterior, es afirmar que la Ley cuestionada fue promulgada por el Presidente de la República, cuando en realidad fue el Presidente del Congreso quien la promulgó en aplicación del artículo ciento noventa y tres de la Constitución.

359

Por otra parte, desde el punto de vista patrimonial y de acuerdo con el Reglamento anotado: “todas las habilitaciones urbanas para uso de vivienda cederán al Estado el dos por ciento del área bruta para fines comunales, la cual no podrá ser menor que el área mínima de los lotes de habilitación. La ubicación y uso del área cedida al Estado, por concepto del dos por ciento deberá ser establecida de acuerdo con las necesidades de la zona al efectuarse la Calificación”; y además, «los lotes o áreas cedidas al Estado por concepto del dos por ciento para fines comunales considerados como bienes de uso público y de conformidad con el artículo ochocientos veintitrés del Código Civil —de mil novecientos treintiséis— serán inalienables e imprescriptibles”—artículos cinco punto, cuatro y cinco punto cinco del Decreto Supremo número ochentidós-F—.

Y, como sostiene el accionante, el actual Reglamento General de Construcciones aprobado por Decreto Supremo número cero sesentitrés-setenta-VI dispone que los terrenos aportados al Estado “en los casos de habilitaciones urbanas que no sean destinadas a fines educativos”, deben “ser entregados al Concejo Distrital en cuya jurisdicción se encuentra la habilitación urbana, debiendo obligatoriamente destinarse a fines de servicio público complementario”. Si esto fuera así, ni la Asociación de Propietarios ni el señor Fiscal de la Nación podrían afirmar que de tal precepto legal

emana una obligación para que se construya en el lote cedido una posta médica a favor de los miembros de dicha Asociación.

Por otro lado, si bien es cierto, que el artículo quince de la Constitución consigna que todos tienen “el deber de participar en la promoción y defensa de la salud”, también es verdad, que del texto del artículo dieciséis del mismo cuerpo constitucional se desprende el mandato que “el Poder Ejecutivo señala la política de salud”. De manera que no son las entidades particulares: las que formulan la política sanitaria a nivel nacional, regional o local, sino que en todo caso, simplemente prestan su colaboración en la realización de tal política.

Pero además, en la construcción de postas sanitarias, consultorios y otros establecimientos de primeros auxilios no solo interviene el Estado sino también el Instituto Peruano de Seguridad Social de acuerdo con una política de coordinación de funciones a efecto de que no se produzca dispendio de recursos económicos y humanos.

Asimismo, los documentos presentados por el accionante como recaudo de la demanda, por tratarse de comunicaciones internas entre los interesados de la Asociación de Propietarios y las dependencias del Ministerio de Salud carecen de validez legal para determinar la inconstitucionalidad de la Ley y la obligación del Estado para construir la posta médica reclamada.

360

Finalmente, como otro hecho significativo se puede señalar la circunstancia que después de más de cuatro años y diez meses de haberse promulgado la Ley veinticuatro mil doscientos cuarentitrés, recién se haya sugerido o iniciado la acción de inconstitucionalidad, sin percatarse, por último, que además de las medidas administrativas correspondientes para la construcción de la posta médica requerían también provisiones de carácter económico en el presupuesto General de la República. Pues, “la administración económica y financiera del Gobierno Central se rige por el presupuesto que anualmente aprueba el Congreso —artículo ciento treintiocho de la Ley Constitucional.

Ahora bien, de acuerdo con la doctrina, el Estado, en representación de la sociedad, tiene la titularidad legítima para usar o disponer del bien materia de la litis, de acuerdo con sus fines y dentro del marco del ordenamiento jurídico nacional.

De otro lado, cualquiera sea la definición que se adopte en relación con el Estado, éste, siempre “es la organización jurídica de la nación”, y la “nación está formada por el pueblo animado de ideales y propósitos comunes y de tradiciones e intereses comunes de orden político, económico y cultural” —Rafael Bielsa, *Ob. cit.*, T.I, pp. ciento sesentinueve-ciento setenta—. O, a decir de Cicerón, “el Estado es cosa del pueblo y el pueblo no es cualquier aglomeración de hombros reunida de un modo cualquiera,

sino una reunión de gente asociada por acuerdo mutuo para observar la justicia y por comunidad de intereses” —Diccionario de filosofía, página cuatrocientos cincuenta de Nicola Abbagnane—. Por consiguiente, el Club Yurimaguas que por razones de familia o de búsqueda de mejores condiciones de vida y desarrollo se trasladaron a la ciudad de Lima y fijaron en ella su residencia, tienen lazos culturales comunes que anhelan mantenerlos vivos utilizando su Institución regional. De manera que, para los residentes de Yurimaguas su Institución es una necesidad social y cultural. Y, porque en definitiva como lo sostiene «el tratadista Bielsa: “Individuo, Asociación, Estado, es la gradación histórica por donde se elevan las instituciones sociales” —Ob. cit. T. I, página ciento setentiséis—.

Por otra parte, para la teoría política, el Estado, realiza o debe realizar el “bien común”. Dentro de este concepto, el politólogo español Luis Sánchez Agesta sostiene que “el bien común o bien público, es un bien humano; es, en último término, una nueva forma y un nuevo valor del bien los hombres en cuanto se integran en una comunidad” —Principios de Teoría Política, página ochentiuo—.

Pero, como además, la Constitución de mil novecientos setentinueve orienta el sistema jurídico nacional considerando que “el ordenamiento social se «cimenta en el bien común y la solidaridad humana”; y que el “Perú es una República democrática y social” (artículo setentinueve) y que uno de los deberes primordiales del Estado es “promover el bienestar general basado en la justicia” (artículo ochenta), En tal virtud, los pueblos de Yurimaguas afincados en la ciudad de Lima, están participando, de un lado, del afán integracionista de los pueblos del Perú; y de otro, están colaborando con el Estado para afianzar el orden social para promover el bienestar de su comunidad y por ende el del país. Sobre todo, con su Institución, el Club Yurimaguas, está propiciando la conservación y el mantenimiento de sus vínculos culturales nativos tal como lo señala el artículo treinticuatro de la Carta Fundamental.

Por otro lado, desde el momento que se recepcionaron, con la conformidad respectiva las obras de la Urbanización Pando Tercera Etapa, el aporte del dos por ciento del área de terreno ingresó a formar parte de los bienes del dominio público, de conformidad con los artículos: cinco punto cuatro y cinco punto cinco del Decreto Supremo número ochentidos-F, vigente en ese entonces.

Sobre el particular, la doctrina estima que se entiende “por dominio público el conjunto de cosas afectadas al uso “directo” de la colectividad referida a una entidad administrativa de base territorial, destinada al uso público de los administrados y que no son susceptibles, por tanto, de apropiación privada” —Rafael Bielsa, Ob. cit. T. III, pp. cuatrocientos cincuenticuatro - cuatrocientos cincuenticinco—.

La antigua concepción consideraba y clasificaba a los bienes como bienes de “dominio público y del dominio del Estado”. Actualmente, esta división, tanto en la doctrina como en la legislación ha sido superada.

Así, con criterio histórico, por ejemplo, en la Constitución de mil novecientos treinta y tres, en el artículo treinta y siete, se establecía, que la tierra y en general las fuentes de riqueza pertenecían al Estado, mientras que, en el Código Civil de mil novecientos treinta y seis en los artículos ochocientos veintidós y ochocientos veintitrés, se consideró que los bienes de uso público eran del Estado.

En la Constitución de mil novecientos setenta y nueve, sin superar totalmente la tradicional clasificación de los bienes, pero sí con evidente tendencia a superarla se sienta el siguiente criterio: En la primera parte del artículo ciento dieciocho se sostiene que “los recursos naturales, renovables y no renovables patrimonio la “Nación”; y, en la segunda parte del mismo dispositivo se “dice que “los minerales, tierras, bosques, aguas y en general, todos los recursos naturales y fuentes de energía pertenecen al Estado”. Y, finalmente, en el artículo ciento veintiocho se expresa que “los bienes públicos, cuyo uso es de todos, no son objeto de derechos privados”.

362

De manera que de acuerdo con la doctrina, que de algún modo informa también a nuestra Constitución: “la Nación es la titular del derecho sobre todos los bienes con los cuales actúa el Estado”, de donde resulta que “el no es más que un representante de la Nación... es un administrador de sus bienes y como tal, sin facultades de propietario; subordinando el uso de los bienes únicamente a las potestades que nacen de la voluntad del mandante, que es el pueblo” —Derechos Reales, página ciento dieciocho: Carlos Fernandini Cuadros Villena—. Por consiguiente, como el Club Yurimaguas es una institución asociativa que agrupa al pueblo de Yurimaguas, es residente en la Capital de la República, el Parlamento, que está integrado por los representantes de la Nación al aprobar y promulgar la Ley cuestionada, ha procedido de acuerdo con el mandato constitucional del que está investido.

Pero, también es necesario afirmar que de acuerdo con la doctrina y las normas de nuestro derecho positivo nacional, la Ley que ha dado origen a la acción de inconstitucionalidad, no es ni irracional, ni arbitraria ni ilegítima. Lo primero, porque conlleva la atención y satisfacción de necesidades socio-culturales de los pueblos de Yurimaguas residentes en la Capital de la República; lo segundo, porque los miembros del Parlamento Nacional actuaron y promovieron la formulación de la Ley dentro de los parámetros jurídico-constitucionales de sus atribuciones; y en lo tercero, porque la Ley cuestionada fue aprobada por ambas Cámaras legítimamente constituidas y porque, además, el proyecto, de la futura Ley siguió el procedimiento legal y formal establecido tanto por la Constitución como por los Reglamentos

Internos de ambas Cámaras legislativas hasta alcanzar la jerarquía, jurídica de Ley de la República.

Sin embargo, como el accionante, sostiene además, que en el caso sub-litis se trataría, en realidad, de enfrentar dos categorías de valores: Uno, el de la salud, que sería el defendido por la Asociación de Propietarios; y otro, de carácter privado, que estaría representado por los asociacionistas del Club Yurimaguas. En esta posición hay evidentemente error, porque los clubs provinciales o regionales en general y el Club Yurimaguas en particular, que se constituyen en la Capital de la República lo hacen, fundamentalmente, para mantener viva la cultura y el folklore nativos. Ambos valores representan anhelos del Perú profundo. Por consiguiente, si apológicamente fuese viable la suma de valores, los integrantes de la Institución regional sumarían hasta tres valores a su favor. El de salud que es general a toda la población del país, incluyendo a los miembros del Club Yurimaguas, al cual habría que sumar los valores de la cultura y del folklore nativos.

Precisamente, porque actualmente, a la Constitución, ya no sólo se le considera como “vértice superior del ordenamiento jurídico, sino que además de norma jurídica, es, y por sobre todo, norma política continente de principios y postulados fundamentales para la organización política, social y económica de la Nación” —Temas Constitucionales página noventidós; Comisión Andina de Juristas—.

363

Finalmente, a la Ley veinticuatro mil doscientos cuarentitrés no le alcanza las calificaciones de irracionalidad y de ilegalidad con las que la ataca el accionante. Porque aparte de los fundamentos doctrinarios y jurídicos que se vienen exponiendo ella también tiene como sustentos normativos a los artículos: dieciocho, treinticuatro y al inciso primero del artículo ciento ochentiséis de la Constitución: Primero, porque “la Ley regula la utilización del suelo urbano, de acuerdo con el bien común”; segundo, porque “el Estado promueve y estimula las manifestaciones de las culturas nativas, así como las peculiares y genuinas del folklore nacional”; y tercero, porque “la potestad de afectar o regular el uso de los bienes públicos es índole legislativa” —Rafael Bielsa, Ob. cit. T. III, página cuatrocientos cincuenticinco— razón por la cual, el Congreso en aplicación del citado artículo ciento ochentiséis y de la primera parte del artículo ciento noventitrés, proyectó la Ley, la aprobó y finalmente la promulgó.

En consecuencia, teniendo en cuenta los fundamentos expuestos y lo que establecen los artículos: diecinueve y veintiuno de la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales veintitrés mil trescientos ochenticinco, la Ley impugnada es constitucional por el fondo y por la forma; razón por la cual los Magistrados que suscriben votan: por que se declare **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad incoada por el señor Fiscal de la Nación contra la Ley número veinticuatro mil doscientos cuarentitrés.

**LEON SEMINARIO
CENTURION VALLEJO
VAJLENZUELA ASTETE
ESPINAL CRUZADO**

Fecha la misma.

Lo que certifico:

Gabriela Guillén Fernández.
Secretaria de Sala del TGC.

TRIBUNAL DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

VOTO DE LOS SEÑORES MAGISTRADOS JAIME DIEZ-CANSECO YANEZ, ALFREDO CORSO MASIAS Y HECTOR DIAZ VALDIVIA, PORQUE EL TRIBUNAL DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DECLARE FUNDADA LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD INTERPUESTA POR EL SEÑOR FISCAL DE LA NACION CONTRA LA LEY 34243

FUNDAMENTOS DE VOTO

A través de la demanda de Inconstitucionalidad que ha formulado el señor Fiscal de la Nación contra la Ley veinticuatro mil doscientos cuarentitrés, se pretende que este Tribunal la declare así, de tal forma que para hacerlo, previamente se debe proceder a un profundo estudio de aquella, acudiendo ante todo a la interpretación ideológica de la Carta Magna, sin dejar de lado las otras formas de interpretación constitucional establecidas por la doctrina por no incurrir en la errada comprensión de la norma, dada las limitaciones de la jurisprudencia constitucional.

No hay interpretación constitucional que no persiga la búsqueda de las “causas finales”.

365

Según Pablo A. Ramella “...interpretar una Constitución no significa hacerle decir lo que de ninguna manera dice, ni alterar su texto, ni suprimirlo, como pretenden algunos autores, pues si así fuera la Constitución no tendría ningún sentido...”.

Por ello para declarar inconstitucional una ley es preciso también analizarla, orientando su estudio hacia la correspondencia biunívoca que debe existir entre su texto y el espíritu de la Constitución. En caso contrario habría que declararla tal como lo solicita el actor.

Resulta que, el propósito de la ley que se cuestiona, fue adjudicar un terreno —que tendría un uso complementario comunal como postor médica— a la construcción de un club departamental privado.

Expuesta así la situación, de allí se derivan dos razonamientos:

- 1°.- Primera *facie*, la ley cuestionada adolece del principio de razonabilidad que motive su dación.
- 2°.- No se observa la aplicación del principio de utilidad pública e interés social que debe caracterizar a toda norma expropiatoria.

Ahora bien, de los artículos constitucionales citados por el actor, y de su interpretación, tenemos que el Estado, para poder disponer tanto de los bienes públicos como de los privados, debe hacer uso de uno de sus pilares fundamentales: El interés social, “... promoviendo el bienestar general basado en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado del país...” (artículo ochenta de la Ley Fundamental).

¿Hubo interés social al dictarse la ley cuestionada? Parece que no.

Esta necesidad que tiene el Estado de promover el bienestar general, debe estar orientada a los beneficios que puedan ser otorgados a grupos humanos. En atención a este razonamiento es el caso advertir que si bien el Club Yurimaguas y la Asociación de Propietarios y Residentes de la Urbanización Pando Tercera Etapa, son en sí o “per se” grupos humanos, para poder determinar en cual de los dos dicho terreno tendría la calidad de predio destinado al bienestar general y con fin social, no se tiene que recurrir a precisar si en uno y otro se incluye a un número mayor de personas integrantes, sino que es preciso poder apreciar fundamentalmente en poder de quien ese terreno resulta en verdad socialmente útil.

La utilidad social del lote en cuestión fue lo primero que debió determinar el Congreso al formular la ley que hoy se cuestiona.

366

¿Podría ser estimado como de utilidad, pública y de interés social el destinar el lote de terreno citado a la construcción del local del Club Yurimaguas en Lima? Si bien es verdad, tiene un contenido de orden social; ¿Pero cualitativa y cuantitativamente lo es?

Habría que definir entonces qué se entiende por necesidad pública e interés social, y para ello, es preciso acudir a la doctrina.

Según García de Enterría comentando la Ley de Expropiación Española, por “utilidad pública” se entienden las exigencias del funcionamiento de la Administración (obras públicas, servicios públicos) o de sus concesionarios, en tanto que por “interés social” habrá que entender cualquier forma de interés prevalente al individual del propietario distinto del supuesto anterior. Esto es: el “objetivo público” remite a una organización pública beneficiaría y a las exigencias de su funcionamiento intrínseco; el “objetivo social” intenta referir. una operación de conformación o transformación social, que puede implicar también que el beneficiario sea eventualmente ente público, aunque ya por razón diversa de su funcionamiento objetivo, pero que incluye con normalidad la hipótesis de beneficiarios privados que no estén en posición de concesionarios de la Administración.

Para Miguel Marienhoff el concepto de “interés social” ya está, comprendido en el de “utilidad pública”; que cuando el Congreso extralimita sus funciones el agraviado dispone de una acción ante la justicia para impugnar semejante acto.

Según Olaechea el derecho ha estado tolerado una forma precisa para identificar el “interés social” subordinándolo a cuatro controles o requisitos que constituyen potestades reguladas del poder administrativo y sujeto en último término al control del órgano judicial constitucional. Estos controles o requisitos son:

- a) Control del fin, para que no se produzcan una desviación de poder, esto es, que justificado el interés social para determinado acto, después puede servir para un objetivo distinto del declarado originalmente.
- b) Control de los hechos, debe decir comprobación de las cláusulas invocadas como sustento del interés social;
- c) Control de la aplicación correcta de los conceptos fundamentales, los cuales no pueden señalar pluralidad de opciones a discreción de quien lo invoca y sólo pueden ser aplicados en cada caso de una única manera, y así en cada aplicación concreta de la existencia o inexistencia del interés social; y
- d) Control por los principios generales del Derecho, ésto, es por ejemplo, si hay proporción entre los fines que se pretenden conseguir y el medio empleado, o también si existen medios menos perjudiciales para los intereses que se van a afectar.

367

La cesión del terreno por la Pontificia Universidad Católica, en cumplimiento del antiguo Reglamento de Urbanizaciones fue para fines comunales, el Reglamento vigente los destina obligatoriamente a fines de servicio público complementario, léase posta médica.

Que la ley veinticuatro mil doscientos cuarentitrés al adjudicar el terreno al Club Yurimaguas de esta capital a fin de que edifique un local, es pues inconstitucional, por carecer o por tener un interés social inferior al de dedicarse a una posta médica que beneficia a la mayoría y no a un interés privado como es el Club Yurimaguas, por más que pueda ser constituido por oriundos de la provincia de este nombre.

Lo expuesto en los párrafos anteriores son de aplicación a la acción de inconstitucionalidad de la ley veinticuatro mil doscientos cuarentitrés, pues es evidente que ella lesiona la Constitución política del Estado. Carece de interés social. La cesión del terreno a un club, en desmedro de la creación de un servicio comunal complementario como es la posta médica, constituye un acto lesivo al interés público, que debe

prevalecer sobre el privado e incurre en contrafuero constitucional pues el artículo ciento veinticuatro de la Ley de Leyes dice: “La propiedad obliga a usar los bienes en armonía con el interés social”.

De otro lado la ley impugnada como inconstitucional que fue promulgada por la Comisión Permanente del Congreso de la República, de conformidad con el artículo ciento noventitrés de la Carta, —y no por el “Presidente de la República”—; se sustenta en los dictámenes de la Comisión de Desarrollo Comunal y de Economía y Finanzas y Comercio del Senado, pues al ir en revisión a la Cámara de Diputados, ésta la dispensó del trámite de Comisión y se acordó tomar como redacción, el texto del proyecto venido en revisión del Senado y comunicarlo a la Colegisladora sin esperar la aprobación del acta.

Del estudio de ambos dictámenes no aparece que se sustenten en los principios de utilidad pública e interés social ya explicados doctrinariamente líneas arriba.

El apoyo medular de los dictámenes citados radica en lo que establece la primera parte del artículo dieciocho de la Constitución Política, pero lo cierto es que el aparente interés social con que se pretendió calificar el predio sub-materia es de inferior calidad y jerarquía, comparado con el interés social y utilidad pública que escoltaba al inmueble en cuestión, citando se encontraba originariamente destinado a una posta médica.

368

Así pues, resulta totalmente sin razonamiento el fundamento de los dictámenes de las comisiones citadas que avalan la dación inconstitucional de la ley veinticuatro mil doscientos cuarentitrés.

La interpretación que hace el Tribunal de Garantías Constitucionales sobre la inconstitucionalidad de la ley veinticuatro mil doscientos cuarentitrés es a título “universal” interpretación *urbi et orbi*. No es una interpretación judicial sino constitucional, que produce su anulación si el Tribunal declara fundada la acción interpuesta por el señor Fiscal de la Nación contra ella. La ley mencionada es injusta porque no busca el bien de los gobernados sino el bien de un club particular ya que según el diccionario, segunda acepción, ley es “precepto dictado por la Suprema Autoridad, en que se manda o prohíbe una cosa en consonancia con la justicia y para el bien de los gobernados”; es pues una definición teleológica y tiene que ver con el fondo de la ley. Como afirma Chirinos Soto la ley injusta o que no busca el bien de los gobernados no sería, en rigor, ley.

El artículo trescientos uno de la Constitución Política del Estado establece que:

“El Tribunal comunica al Presidente del Congreso las sentencias de inconstitucionalidad de normas emanarías del Poder Legislativo. El Congreso por el mérito del fallo aprueba una ley qua deroga la norma inconstitucional.

Transcurridos cuarenta y cinco días naturales, sin que se haya promulgado la derogatoria, se entiende derogada la norma inconstitucional. El Tribunal ordena publicar la sentencia en el Diario Oficial”.

El párrafo anterior establece claramente la calidad de órgano paralegislativo o superlegislativo del Tribunal de Garantías Constitucionales. Es decir que anula leyes, pero no las dicta.

Como afirma Valle Riestra se ha constituido así un Tribunal como árbitro jurisdiccional y político de la legalidad. No se trata de uno de los Poderes. Se trata del Poder y quizás de un ente que retiene alguna forma de poder constituyente a los efectos de decir que norma es exequible y cual no es exequible, Y agrega, citando a Fraga: (...) es un típico órgano jurisdiccional de carácter especial que dice si una norma se conforma o no con la norma que es la Constitución”.

Como expresa Calamandrei: (...) la Corte Constitucional se inspira en el pasado, no, como él Parlamento, en el porvenir; anula las leyes no para dar ingreso a leyes nuevas, sino para hacer respetar la ley vieja (esto es, la norma constitucional).

369

El artículo doscientos ochentidós del Decreto legislativo número quinientos cincuentiséis, presupuesto del Gobierno Central para mil novecientos noventa dice: “En los proyectos de habilitación urbana o de desarrollo urbanístico se reservarán las áreas de terreno necesarias para los centros educativos. En los costos de urbanización se incluyen los gastos de construcción y equipamiento de los centros educativos en concordancia con las normas impartidas por las Municipalidades, Ministerio de Educación y Ministerio de Vivienda. El Poder Ejecutivo por Decreto Supremo dictará las disposiciones necesarias para el cumplimiento de la presente norma”. Este dispositivo legal establece el interés social respecto a la educación nacional, “Interés social” del que caerce la ley Impugnada por el señor Fiscal de la Nación, Se hace esta cita para demostrar el principio de la razonabilidad de las leyes.

El artículo ochenta de la Constitución como afirma el señor Fiscal de la Nación establece como deber primordial del Estado el promover el bienestar general basado en la justicia, por ello cada acto discrecional que realice debe cumplir con esta finalidad y de no hacerlo es susceptible de un cuestionamiento por aquellas ‘personas que se sientan perjudicadas, como es el caso de la Asociación de Propietarios y Residentes de la Urbanización Pando Tercera Etapa y Ampliación (APRUFA 3) a cuya solicitud

el Defensor del Pueblo recurre a este Tribunal por carecer la ley veinticuatro mil doscientos cuarentitrés de todo supuesto de razonabilidad y legitimidad que la sustente. Á lo que nos hemos referido líneas arriba.

También el artículo, quince de la Constitución Política tutela el interés de que se destine el inmueble materia de autos a una posta médica, por el derecho superior de toda persona a la protección de su salud; quedando en segundo plano la adjudicación a un club particular. Lo que es además avalado por el artículo dieciséis de la misma Norma Fundamental que impone al Estado la obligación de fomentar la ampliación de los servicios de salud.

La ley impugnada de inconstitucionalidad, viola pues el artículo dieciséis de la Ley de Leyes.

La ley veinticuatro mil doscientos cuarentitrés viola también el artículo ciento veintiocho de la Constitución Política que establece que: “Los bienes públicos, cuyo uso es de todos no son objeto de derechos privados”.

El vigente Reglamento General de Construcciones (Decreto Supremo cero sesentitrés-setenta-VI), establece en su Dispositivo II-VI-3.10: “Los terrenos cedidos... para servicios públicos complementarios “posta médica”— serán considerados como bienes de uso público y... serán inalienables e imprescriptibles. Esto concuerda con el artículo ciento veintiocho de la Ley de Leyes citado líneas arriba y por lo cual tampoco ni por ley y por respeto al “interés Social” puede ser destinado a uso de un club privado.

Citando a Thome Boas, (...) la norma luego de creada se independiza de los deseos, aspiraciones y voliciones de quienes intervinieron en su creación, que la ley tiene una autonomía total con respecto a la voluntad de su autor o de fe llamada voluntad del legislador. Y, agrega, partiendo de esta premisa, la de la Independencia con respecto a sus autores (...) la ley es el producto lógico-gnoseológico fruto de una triple elaboración: categorial, teleológica y axiológica. La teleológica es el intento de alcanzar la cosa misma querida por el Derecho. La causa final del entendiendo el fin como lo Aristóteles: “aquella por lo cual algo se hace”.

Por los fundamentos expuestos, los Magistrados que suscriben, en uso de las facultades de que están investidos y. en aplicación de los artículos ochentisiete, doscientos trentiséis, doscientos noventa y ocho inciso primero, trescientos y trescientos uno de la Constitución Política del Estado; uno, dos, seis, ocho diecinueve, veinte, veintiuno, veintidós, veinticinco, treintidós, treintitrés, treinticuatro y treinticinco de su Ley Orgánica número veintitrés mil trescientos ochenticinco, y última parte del artículo

diecinueve de su Reglamento General; Votan, declarando Fundada la Acción de Inconstitucionalidad interpuesta por el Señor Fiscal de 1a Nación.

DIEZ CANSECO YÁÑEZ
CORSO MASÍAS
DÍAZ VALDIVIA

Fecha la misma.

Lo que certifico:

Gabriela Guillén Fernández,
Secretaria de Sala del TGC.

**VOTO POR LA INCONSTITUCIONAL DE LA LEY NÚMERO
VEINTICUATRO MIL DOSCIENTOS CUARENTITRÉS DEL SEÑOR
MAGISTRADO DOCTOR PELAYO SAMANAMUD RUBIN**

VSTOS; Y CONSIDERANDO: Que, del análisis de la Ley número veinticuatro mil doscientos cuarentitrés y también de la Constitución Política del Estado en lo pertinente en relación con la mencionada Ley, utilizando para ello las diversas formas de interpretación aplicables tanto a la referida Ley y la Ley de Leyes como son: el gramatical, el lógico, el sistemático, el histórico y el teleológico o finalista, verifican la inconstitucionalidad de la Ley número veinticuatro mil doscientos cuarentitrés.

Que, la inconstitucional Ley número veinticuatro mil doscientos cuarentitrés también infringe el artículo ochenta de la Constitución Política del Estado, porque se promueve el bienestar general basado en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado del país, dando preferencia a un interés social sobre un interés particular y no a la inversa como ocurre con la ley número veinticuatro mil doscientos cuarentitrés. Que la Ley número veinticuatro mil doscientos cuarentitrés también infringe el artículo ciento diez de la Constitución Política del Estado por que no hay justicia social si se da preferencia al interés particular sobre el interés social, que es lo que ocurre con la mencionada Ley impugnada. Que la inconstitucional Ley número veinticuatro mil doscientos cuarentitrés también; infringe el artículo quince de la Constitución Política del Estado porque el referido precepto constitucional dispone, que tienen el derecho a la protección de la salud integral y el deber de participar en la promoción y defensa de su salud, la de su medio familiar y de la, comunidad y precisamente la indicada Ley impugnada da preferencia a un interés particular como es la adjudicación que ella ordena en beneficio del Club Yurimaguas en lugar de haberse dispuesto la referida adjudicación a favor de una posta médica. Que en el Estado de Derecho gobernantes y gobernados se tienen que sujetar a la Constitución y a las Leyes de la República y a todo el orden jurídico de la nación. Que en el texto y en el espíritu de la Constitución del Estado no hay contradicciones y en la Constitución del Estado se da preferencia a la salud sobre intereses de inferior categoría. Que el jurista Loewenstein sostiene: “Toda norma constitucional prohibitiva o, que otorga derechos o esté vinculada a la estructura del Estado, es por su naturaleza intangible e irreformable, únicamente removible por el Poder Constituyente que es Super Poder, la Ley que la vulnere ó amenace violarla es íntegramente inconstitucional. El jurista Vanossi afirma: “El derecho a la vida, a la salud y a la libertad, son preferentes y los intereses sociales en función de los derechos indicados en su orden, predominan sobre todo interés social”. Por los fundamentos mencionados **MI VOTO**; es porque

se declare la inconstitucionalidad de la Ley número veinticuatro mil Doscientos cuarentitrés en su integridad.

PELAYO SAMANAMUD RUBIN

Magistrado del Tribunal de Garantías Constitucionales.

Gabriela Guillén Fernández.

Secretaria de la Sala del Tribunal de Garantías Constitucionales.

Expediente 003-90-I/TGC

Proceso de inconstitucionalidad interpuesto por el Fiscal de la Nación contra la Ley 25202. El Tribunal declaró infundada la demanda.

Fecha de emisión: 13 de agosto de 1990

Resumen: Se presentó una demanda de inconstitucionalidad, interpuesta por el Fiscal de la Nación contra la Ley 25202, ley de creación de la Bolsa de Trabajo Sindical.

La norma cuestionada creó la Bolsa de Trabajo Sindical de Construcción Civil, para proveer de plazas de trabajo del personal obrero de las diversas categorías y especialidades en las obras de construcción civil, privadas, estatales y paraestatales cuyas plazas debían ser cubiertas, según dicha ley, por los sindicatos de trabajadores de construcción civil en proporción del 25% del total de las plazas que requiere la obra.

La sentencia advirtió que, no se atentaba contra la libertad de asociación. En tanto afirmó que pertenecer a un sindicato era “única y exclusivamente por decisión personal». Luego, decía que no existió compulsión para afiliarse al sindicato porque para gozar del beneficio de la ocupación de las plazas “no se requiere su previa afiliación” a un sindicato. Se afirmó en el texto de la sentencia que, menos se violaba la libertad de contratación del empleador empresario, puesto que, esta “no es absoluta”. No atentaba contra “el derecho de igualdad de trato” porque la realidad laboral presentaba tanto un grupo de trabajadores sindicalizados como un grupo de trabajadores no sindicalizados. Se afirmó que la norma no hizo sino canalizar para que a través del gremio de construcción civil “se coloque tan solo la cuarta parte del personal que necesita la obra”.

Asimismo, se señaló que, la norma en estudio no violó los tratados internacionales sobre libre negociación y sobre la libertad sindical, menos violó lo referente a la igualdad de trato. Como los derechos humanos abarcan y comprenden a los derechos civiles, a los políticos, a los económicos, a los sociales y a los culturales, en realidad no eran ni enfrentados ni menos transgredidos por la ley en análisis. Se citó la encíclica “Laborem

Exercens” de Juan Pablo II de 15 de abril de 1981, la cual propugnaba por una economía mixta de la empresa privada y pública y respaldó la construcción de sindicatos en donde “el capital esté en función del trabajo y no del trabajo en función del capital”.

Entre los antecedentes del caso, que se cuestionó, se explayó en decir que luego de la Segunda Guerra Mundial por influencia de esta se creó el Ministerio de Trabajo y de Asuntos Indígenas por Ley 11009 de 30 de abril de 1949 con el “objeto de promover el auténtico bienestar popular restaurado de los derechos naturales de la gran masa trabajadora”. La creación de la Comisión Tripartita para estudiar el anteproyecto de contratación de trabajadores en construcción civil. En este sentido, afirmó que la creación de la bolsa de trabajo se inscribió en el rubro de necesidades del trabajador de construcción civil y representó la concreción de una reivindicación social que vino gestándose desde 1946 tanto en el capo de la legislación como en el de los convenios colectivos de trabajo.

El voto singular del magistrado Jaime Diez-Canseco Yáñez afirmó que, la fundamentación del fiscal de la Nación fue la existencia de “compulsión sindical” y que se violó el principio de “puerta abierta” a los trabajadores no sindicalizados. El régimen de aquella época, según el magistrado, no era socialista, ni estatalista para acoger la Bolsa de Trabajo. Señaló, además, que, esta rompía los intereses en juego y propició a que los trabajadores de construcción civil impusieran el 25% de los puestos de trabajo. Trajo a colación la legislación comparada y proyectó que, en la legislación italiana existía un monopolio estatal en la colocación de trabajadores en las empresas de cualquier actividad; sin embargo, esta tendencia no podía ser adherida a nuestro país bajo el llamado “constitucionalismo social”, en tanto que esta corriente no podía sostener que, la Constitución política de 1979 fuese socialista o social demócrata y por ello enervó la acción de inconstitucionalidad. Afirma que irrumpió con el principio de la jerarquía de la norma establecida por el artículo 87 de la Constitución. Se vulneraron, señala, los derechos a contratar con fines lícitos, el derecho a la igualdad ante la ley, el derecho al trabajo, la libertad sindical individual, el principio de legalidad; obligó a los trabajadores a una asociación sindical, se limitó el derecho a elegir el trabajo, se discriminó a los trabajadores de construcción respecto a las demás actividades.

El magistrado Pelayo Samanamud Rubin, por su parte, se manifestó a favor de la inconstitucionalidad bajo los siguientes fundamentos: la norma cuestionada no solo violaba la libertad sindical, sino que discriminaba a los trabajadores de construcción civil respecto de aquellos que realizan otras actividades. Violó el principio de legalidad al vulnerar la jerarquía de las normas e infringió el artículo 87 de la Constitución.

Temas clave: Bolsa de trabajo — contratación — convenios colectivos — igualdad — obras públicas — sindicatos.

TRIBUNAL DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

EXP. No. 003-90-I/TG

**CASO: DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD INTERPUESTA
POR EL SEÑOR FISCAL DE LA NACIÓN CONTRA LA LEY No. 25202**

SENTENCIA

En Arequipa, a los trece días del mes de Agosto de mil novecientos noventa, el Tribunal de Garantías Constitucionales reunido en Sesión de Pleno Jurisdiccional, con asistencia de los señores Magistrados:

León Seminario, Presidente;
Centurión Vallejo, Vicepresidente;
Curso Masías;
Diez-Canseco Yáñez;
Valenzuela Astete;
Díaz Valdivia;
Espinal Cruzado;
Samanamud Rubín;

377

no interviniendo el señor Peláez Bazán por razones de salud, actuando como Secretaria la doctora Gabriela Guillén Fernández, pronuncia la siguiente sentencia en mayoría, después de haber deliberado en privado.

Con los votos singulares de los señores Magistrados Diez-Canseco Yáñez y Samanamud Rubín.

VISTOS, resulta de autos que, el señor Fiscal de la Nación Doctor Manuel Catacora Gonzáles, interpone acción de inconstitucionalidad contra la ley número veinticinco mil doscientos dos de veintitrés de Febrero de mil novecientos noventa, publicada en el diario oficial “El Peruano” el día veinticuatro del mismo año, que crea la Bolsa de Trabajo Sindical de Construcción Civil, para proveer de plazas de trabajo del personal de las diversas categorías y especialidades en las obras de construcción civil, privadas, estatales y paraestatales, cuyas plazas deben ser cubiertas por los sindicatos de trabajadores de construcción civil de la República en proporción del veinticinco por ciento del total de las plazas que requiere la obra, por considerarla violatoria de los derechos constitucionales reconocidos a los trabajadores, en especial por atentar contra los consignados en los artículos segundo (incisos segundo y once) cincuentiuno, cuarentidós y ochentisiete de la Carta Fundamental del Estado.

Seguida la acción por sus trámites legales, con fecha veinticuatro de Mayo de mil novecientos noventa y de conformidad con lo establecido por el artículo treinta de la Ley número veintitrés mil trescientos ochenticinco, se expide la resolución pertinente por la cual se admite la demanda de inconstitucionalidad: y, en cumplimiento de lo preceptuado por el artículo treintiuno de la Ley acotada, se corre traslado de la acción a la Comisión Permanente del Congreso, en aplicación tanto de la segunda parte del artículo ciento sesenticuatro como del artículo ciento ochenticinco de la Ley Fundamental, efectuándose las notificaciones correspondientes.

Transcurrido el plazo señalado por el artículo treintiuno de la ley del Tribunal de Garantías Constitucionales sin que el apoderado del Congreso se hubiera apersonado ni formulado el alegato a que estaba obligado, el Tribunal, en aplicación del artículo treintidós de la Ley acotada, señaló el día trece del presente a las cuatro de la tarde para ser vista la causa como se desprende del decreto correspondiente que fue notificado a las partes por medio de las publicaciones en el diario oficial El Peruano, así como en el domicilio correspondiente, como se desprende de las certificaciones que corren en autos.

378 Reunido el Tribunal para la vista de la causa en la fecha y hora señaladas, no se presentaron ni el apoderado del Congreso ni el señor Fiscal de la Nación; sin embargo de lo cual, tanto la federación Nacional de Construcción Civil como la Cámara Peruana de la Construcción, por medio de sus respectivos representantes presentaron al Tribunal sendos escritos, invocando un legítimo interés en la causa, para apersonarse e intervenir oralmente en el acto de la vista.

El Pleno del Tribunal, en atención al pedido y a la situación creada por la ausencia tanto del apoderado del Congreso como del señor Fiscal de la Nación; en acto reservado después de amplia deliberación y, aun cuando las partes intervinientes en la acción de inconstitucionalidad están previstas y limitadas a las señaladas en el artículo doscientos noventinueve de la Carta Fundamental y en el artículo veinticuatro de la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales; el Tribunal, considerando que es el órgano de control de la Constitución; que el Perú es un Estado democrático social de derecho, que garantiza la plena vigencia de los Derechos Humanos, estimó, por mayoría, escuchar las intervenciones orales tanto del representante de la Federación Nacional de Construcción Civil como del de la Cámara Peruana de la Construcción, sin que por dichas intervenciones se les considere parte del proceso.

Reabierta la audiencia solo intervino el representante de la Cámara Peruana de la Construcción porque el representante de la Federación Nacional de Trabajadores en Construcción Civil no se encontraba presente.

Estudiada y discutida la causa y producida la votación, ha llegado la oportunidad de dictar sentencia; y **CONSIDERANDO:** que, el Tribunal, de Garantías Constitucionales es “competente para declarar, a petición de parte la inconstitucionalidad parcial o total de las leyes...” que contravienen la Constitución por la forma o por el fondo” -artículo doscientos noventaiocho, inciso primero-; que, están facultados para interponer acción de inconstitucionalidad, entre otros, el Fiscal de la Nación -artículo doscientos noventinueve-; que, la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales número veintitrés mil trescientos ochenticinco, en el Título II, Capítulos primero, segundo y tercero, señala, de un lado, el procedimiento para la declaración de inconstitucionalidad y, de otro, ratifica a los titulares que están facultados para interponerla; que, aún cuando la Constitución, como la Ley Orgánica del Tribunal facultan expresamente al Fiscal de la Nación para promover acción de inconstitucionalidad, la presente acción la interpone sosteniendo como fundamentos: de un lado, que la Ley número veinticinco mil doscientos dos ha violado los derechos constitucionales reconocidos a los trabajadores especialmente en los artículos segundo, incisos once y dos, cincuentiuno y cuarentidós de la Carta Fundamental; y de otro, que la acción la plantea “a solicitud expresa de trabajadores no sindicalizados”, pero sin acompañar el recaudo correspondiente. Ambos conceptos fundamentatorios son infundados jurídica y factualmente.

En efecto, en el inciso once del artículo segundo la Constitución Política del Estado establece como precepto constitucional general el derecho de toda persona a asociarse sin autorización previa. Pero por la misma generalidad conceptual de la norma, ella comprende también a organizaciones reguladas por el Derecho Civil, por el Derecho Comercial, por el Derecho del Trabajo, por el Derecho Cooperativo y en general comprende a todas las asociaciones humanas regidas, encausadas y orientadas por el Derecho Asociativo en general; por consiguiente, el dispositivo constitucional invocado, con criterio civilista, por el accionante como transgredido, en realidad, legal y jurídicamente no ha sido violado por la Ley cuestionada. Porque “las asociaciones dentro del Derecho del Trabajo ofrecen carácter distinto de las sociedades admitidas por la legislación civil y comercial. En este orden existen tres clases de personas jurídicas, con confusión posible: a) las reconocidas por el Derecho Civil, b) las reconocidas por el Derecho Mercantil o Comercial y c) las admitidas por el Derecho Laboral. Estas últimas para diferenciarlas de las demás reciben el nombre de sindicatos profesionales. Tales tienen carácter gremial y señalan la unidad de individuos reunidos por razón del ejercicio de una misma actividad” —“Tratado de Derecho Laboral”. Página ochentitrés, Guillermo Cabanellas—. De manera que, el sindicato, como asociación de personas queda comprendido en el ámbito jurídico del inciso once del artículo segundo de la Constitución, como grupo humano laboral rebasa ese parámetro para

ubicarse básica y fundamentalmente en el marco preceptivo de los artículos cuarentidós y cincuentuno de la Ley Fundamental; o sea que, el accionante, en realidad, invoca una generalidad jurídica para un hecho específico. Porque lo que busca la Ley veinticinco mil doscientos dos es el establecimiento de una regulación legal especial para un grupo humano laboral, igualmente especial o particular.

Tampoco es válido y pertinente el argumento de que la Ley número veinticinco mil doscientos dos atenta contra el derecho a la libertad de asociación consignada no sólo en el inciso once del artículo segundo de la Constitución sino también en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, porque ni expresa ni implícitamente la Ley cuestionada ni su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo número cero veintidós-noventa-TR de veintisiete de Abril de mil novecientos noventa obligan a los trabajadores de construcción civil a afiliarse al sindicato para ser beneficiarios de la Bolsa de Trabajo. En este sentido, el artículo siete del citado Reglamento, es terminante cuando prescribe que “los trabajadores de construcción civil deberán registrarse en los Sindicatos que representan a dicha actividad a efecto de gozar del beneficio a que se contrae la Ley número veinticinco mil doscientos dos, sin requerirse para ello su previa afiliación”. De suerte que el trabajador tiene plena libertad para inscribirse o no en el Registro, que para tal fin abrirá el Sindicato.

380

Por consiguiente, el precepto que ordena el registro o la inscripción no significa tampoco atentado contra la libertad personal, porque, con ese criterio, la norma legal que señala la inscripción en el Registro Civil o en el Registro Electoral, por ejemplo, también habría que considerarla como atentatoria de la libertad de la persona: porque se inscribe en el primer caso: o para acreditar y certificar el nacimiento o la extinción o el cambio de estado de una persona; y en el segundo, para acreditar la capacidad civil y política del ciudadano. Sin embargo en ambos casos y situaciones la libertad como derecho personal sigue imperturbable, porque el hombre trabajador o no, ejercitando su libertad se inscribe en los Registros que el Estado y la Sociedad le presentan sin que con ello disminuya o se mengue su derecho libertario.

Es obvio entonces que ni la Declaración Universal de Derechos Humanos ni el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ni la Convención Americana de Derechos Humanos han sido violados por la ley materia de la acción de inconstitucionalidad.

Tampoco es jurídica y conceptualmente válida la afirmación del accionante de que por el hecho de que el artículo primero de la Ley número veinticinco mil doscientos dos establece que el veinticinco por ciento de las plazas que requiere una obra sean

cubiertas por el Sindicato de Trabajadores de Construcción Civil, con dicha medida se “atenta contra la libertad de asociación”, o contra el derecho de los trabajadores del sindicato, o de los no sindicalizados, porque en las asociaciones, en general y en los sindicatos, en particular, rige el principio de la puerta abierta. El hombre o el trabajador -en estas agrupaciones humanas- entran y sale de ella -de la asociación o del sindicato- única y exclusivamente por decisión personal.

Menos se dá ni se presenta, en el caso sub-materia, compulsión para afiliarse al sindicato, porque, para ser beneficiario en la ocupación de las plazas de la obra -tal como expresamente establece el artículo siete del Reglamento de la Ley número veinticinco mil doscientos dos- o para “gozar del beneficio a que se contrae la Ley número veinticinco mil doscientos dos” no se requiere de “su previa afiliación”. De modo que, ni hay compulsión para la afiliación sindical, ni tampoco puede afirmarse, que por la fijación del veinticinco por ciento de trabajadores por el sindicato se implante la “afiliación automática u obligatoria”, porque el precepto jurídico contenido en el artículo siete del Reglamento citado es terminante e imperativo.

Desde luego que, tampoco se viola la “libertad de contratación” del empleador-empleado. Puesto que esta libertad consagrada en el artículo segundo, inciso doce de la Constitución no es absoluta. Porque ella es regulada por la ley “para salvaguardar los principios de justicia y evitar el abuso de derecho”. Y si, esta limitación se extiende al campo civil como se desprende de los textos de los artículos mil trescientos cincuenta y cuatro y mil trescientos cincuenta y cinco del Código Civil vigente. “¿Cómo se podría, válida y jurídicamente argumentar, que en el ámbito laboral el arbitrio del empleador para contratar, no tiene límite?”

La Ley número veinticinco mil doscientos dos creadora de la Bolsa de Trabajo no “atenta contra la libertad sindical”. Histórica y doctrinariamente el Derecho del Trabajo y con él, el Derecho Sindical nacen como una consecuencia de la lucha entre el capitalismo y el trabajador: el primero, lucha por mantener su poder dominante; y el segundo, por alcanzar o conseguir algún nivel de justicia. Esta lucha se extiende a través del tiempo con avances y retrocesos, pero en líneas generales con progresividad en favor del trabajador y de su libertad real y efectiva. Por eso, ni al Derecho Sindical ni al Derecho del Trabajo se les puede mirar y considerar como cuerpos estáticos, ni a sus preceptos evaluarlos y apreciarlos con criterios privatistas y civilistas, sino en concordancia con las nuevas realidades doctrinarias y jurídicas que se dan en el seno de la sociedad que el Derecho Social pretende consolidarlo en un cuerpo legal y unitario.

Al respecto la doctrina sobre libertad sindical es entendida como “derecho de los trabajadores, a fundar sindicatos y afiliarse a los de su elección, así como al derecho de los sindicatos ya constituídos al ejercicio libre de las funciones constitucionales atribuidos

en defensa de los intereses de los trabajadores” —Derecho Sindical Especial, página setentitrés, Carlos M. Palomeque López—. Precisamente, por considerar a la libertad sindical un elemento indispensable en las relaciones laborales del Estado de Derecho se estima también que “bajo las actuales condiciones vigentes, los actuales sistemas de organización social y económica, resulta indispensable el reconocimiento y la adecuada protección del derecho a la libertad sindical para que el individuo pueda aspirar a vivir conforme a su condición humana”- La Libertad Sindical, página ocho, Justino Jiménez de Arechaga-.

Por ello es que, después de la Segunda Guerra Mundial el Derecho a la Libertad Sindical se ha consagrado en todas las Declaraciones y Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, entre los que cabe mencionar a la Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo veintitrés punto cuatro), al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo veintidós), al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo ocho), elaborados por la Organización de la Naciones Unidas; a la Constitución de la Organización de Estados Americanos (artículo veintinueve) y a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo dieciséis) elaborados por la Organización de Estados Americanos y a los Convenios Internacionales del Trabajo de la OIT números ochentisiete, noventiocho, ciento once, ciento treinticinco y ciento cincuentiuno, ratificados por el Perú, con excepción del convenio número ciento treinticinco. De manera que: “Esta universalmente admitido que no es posible el desarrollo de la libertad sindical sin la preexistencia efectiva de los demás derechos humanos y que tampoco es posible el completo ejercicio de éstos, sin la vigencia de aquella. En otras palabras, la libertad sindical no es posible sin el ejercicio de otros derechos humanos y viceversa” —Sindicatos en Libertad Sindical, página veinticuatro, Oscar Ermida Uriarte—.

382

O sea que, desde el ángulo de las Declaraciones, Pactos y Convenios Internacionales suscritos y ratificados por el Perú, la existencia y real vigencia de los Derechos humanos es requisito indispensable para la efectiva realidad de la Libertad Sindical; por consiguiente, con la creación de la Bolsa de Trabajo no sólo se busca la participación del Sindicato en la colocación en las plazas de cada obra sino también evitar la segregación discriminatoria por los empleadores o empresarios de los dirigentes o por razones de edad, como es y ha sido práctica en el país. Por eso a la regla del artículo primero de la Ley número veinticinco mil doscientos dos y la del artículo séptimo del Decreto Supremo número cero ventidós-noventa-TR, jurídica y constitucionalmente no se les puede atacar diciendo que constituyen un atentado o una violación del derecho a la libertad sindical. En todo caso, la Ley cuestionada no viola ni el artículo cincuentiuno ni los artículos ochentisiete, ciento cinco y doscientos treintiséis de la Carta Fundamental, no solo por lo que se viene expresando sino también por lo que fluye de una correcta interpretación constitucional.

Y, si como se ha afirmado, anteriormente, con el Derecho Asociativo Nacional, en toda asociación: civil, comercial o laboral rige el principio de la puerta abierta tanto para ingresar como para salir de la asociación especialmente en los Sindicatos de Construcción Civil también rige el principio, jurídicamente ratificado, tanto por la Ley número veinticinco mil doscientos dos como por su Reglamento, de suerte que ni la norma constitucional del artículo cincuentiuno ni la contenida en el artículo primero del Decreto Supremo número cero cero nueve de tres de Mayo de mil novecientos sesentiuno resultan violados por la Ley cuya inconstitucionalidad se demanda; y, porque, en todo caso, “el albedrío de cada trabajador” queda sujeto a la voluntad exclusiva de cada trabajador de construcción civil. Por último, tanto la libertad sindical positiva como la libertad sindical negativa que conllevan los artículos cincuentiuno de la Constitución y segundo del Convenio ochentisiete de la OIT, no son transgredidos ni por la Ley número veinticinco mil doscientos dos ni por su Reglamento, sino reiteradamente ratificados. Por lo que, la apreciación en contrario que hace el accionante es puramente subjetiva cuando sostiene que con ambas normas legales se está forzando a una sindicalización obligatoria, cuando objetivamente los textos legales precisan y expresan todo lo contrario. Por lo demás, los conceptos jurídicos de Libertad Sindical Positiva y Libertad Sindical Negativa suponen el Derecho de constitución sindical y el Derecho de afiliación consagrándose de este modo el Derecho Individual de ejercicio colectivo mediante el cual “los trabajadores sin ninguna distinción, y sin autorización previa, tienen el derecho a constituir las organizaciones que estimen convenientes”, así como a “afiliarse a la organización que estimen conveniente, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas” —artículo cincuentiuno de la Constitución, artículo segundo del Convenio ochentisiete de la OIT y artículo cuarto del Decreto Supremo número cero cero nueve— de tres de Mayo de mil novecientos sesentiuno-.

Y, en cuanto a la Libertad Sindical Negativa, que consiste en que el derecho de los trabajadores de no afiliarse a una organización sindical o desafilarse de ella, también resulta protegido y ratificado tanto por la Ley número veinticinco mil doscientos dos como por su Reglamento, tal como expresamente prescribe el tantas veces citado artículo siete del Decreto Supremo número cero veintidós-noventa-TR al establecer que para ser beneficiario en la postulación de plazas de las obras de construcción civil de un lugar no se requiere de su “previa afiliación” al sindicato.

Por consiguiente, el Estado, al dictar la Ley número veinticinco mil doscientos dos, primero, y el Decreto Supremo número cero veintidós-noventa-TR, después, como se consigna precedentemente, ni ha establecido “la afiliación automática u obligatoria” ni tampoco la “sindicalización forzosa”. Por el contrario, el Estado con la norma jurídica atacada de inconstitucional se inscribe entre los Estados democráticos que

propician y promueven la participación de la Organización sindical para promover conjuntamente con él “la creación de una sociedad justa, sin explotados ni explotadores, donde la economía esté al servicio del hombre y no el hombre al servicio de la economía” —Preámbulo de la Constitución política de mil novecientos setentinueve—.

Pero, además, la Ley creativa de la bolsa de Trabajo no atenta “contra el Derecho de Igualdad de Trato” ni cuantitativa ni formalmente, porque en el Sector Laboral, la realidad nacional presenta: de un lado, a un grupo de trabajadores sindicalizados, y de otro, a un grupo de trabajadores no sindicalizados. Los primeros, en sus relaciones con los empresarios o empleadores lo hacen desde y con mejores posiciones mediante Pactos y Convenios desarrollados a través de negociaciones colectivas, mientras que los segundos, sus relaciones con el empleador la realizan mediante contratos individuales de trabajo, desde una posición disminuida y en desventaja.

Por otra parte, los sindicalizados por el hecho irrefutable de su Organización sindical gozan de mejores remuneraciones y mejores condiciones de trabajo; mientras que los no sindicalizados solo alcanzan remuneraciones y mejores condiciones de trabajo en la medida en que el Estado legisla en su favor; por consiguiente, cuando la Ley número veinticinco mil doscientos dos establece que el veinticinco por ciento de las plazas en las obras de construcción civil de cada lugar sean ocupadas por personal inscrito en las Bolsas de Trabajo de dicho lugar, no hace sino canalizar para que a través del gremio de construcción civil se coloque tan sólo la cuarta parte del personal que necesita la obra, quedando para el libre arbitrio del empresario, contratista o empleador contratar hasta el setentacinco por ciento. O sea, las tres cuartas partes del personal requerido. Por tanto, la Ley veinticinco mil doscientos dos lejos de atentar contra la “igualdad de trato”, lo que en realidad hace es restablecer la igualdad de trato perdida por la discriminación patronal introducida por el empleador; y porque además, como se ha expresado anteriormente con la incorporación y la participación del sindicato en la cobertura de las plazas de trabajadores de la obra, el sindicato asume otra responsabilidad a tono con la norma jurídica del artículo cuarentidós de la Constitución, que considera al trabajo no solo como “un derecho” sino también como “un deber social”. En esta dimensión se debe inscribir la participación del sindicato al cubrir el veinticinco por ciento de las plazas de la obra, de suerte que, si la Ley veinticinco mil doscientos dos está expedida dentro del marco constitucional del artículo cuarentidós no puede estar reñido con el texto del artículo ciento ochentisiete de la Carta Fundamental, porque de seguir con la conceptualización del accionante nos llevaría a colocarnos en la situación arbitraria de que la “igualdad de trato” sólo se daría cuando el trabajador se presenta frente al empleador en forma aislada e individual, lo que significaría una regresión, no sólo en las relaciones trabajador-empresario sino en el desarrollo del Derecho del Trabajo en general y del Derecho Sindical en particular.

En todo caso, con la regla jurídica establecida por la ley veinticinco mil doscientos dos se está corrigiendo la desigualdad histórica, social, económica y jurídica entre trabajador y empleador-empresarial contra cuya desigualdad esta el modelo de Estado que propugna el Preámbulo y el texto constitucional de la Carta Magna de mil novecientos setentinueve.

Igualmente, es erróneo el supuesto de desigualdad que se crearía con la ley veinticinco mil doscientos dos en el ámbito colectivo entre el Sindicato de Construcción Civil y el “empleador”, porque equivocadamente sostiene el accionante que la ley veinticinco mil doscientos dos conlleva el establecimiento de “clausulas sindicales” que “tienen por efecto directo o indirecto la adhesión compulsiva a un sindicato”. Aun cuando la afirmación se podría explicar si ella resultara sostenida por una persona natural o jurídica particular, el supuesto deviene inexcusable como argumento que le sirve de sustento a la acción del Fiscal de la Nación: primero, porque en la demanda no se hace la menor mención al Decreto Supremo número cero veintidós-noventa-TR de veintisiete de Abril de mil novecientos noventa que Reglamenta a la Ley veinticinco mil doscientos dos, publicada en el diario oficial “El Peruano” de veintiocho de Abril de mil novecientos noventa, segundo, porque a pesar de sostenerse que la acción se plantea a petición de algunos trabajadores no sindicalizados, no se ha acompañado el recaudo correspondiente; y tercero, porque con tal afirmación, radicalmente subjetiva sostiene lo contrario de lo que expresa, enfática y jurídicamente en el artículo siete del Decreto Supremo citado, cuando afirma que para ser beneficiario del veinticinco por ciento de las plazas de la otra no se requiere de “previa afiliación”.

Por lo demás, la “igualdad de trato” en la Ley veinticinco mil doscientos dos está garantizada no sólo porque no exige la afiliación previa al sindicato para ser beneficiario en la cobertura de las plazas de la obra sino que el beneficio se obtiene “siguiendo un orden correlativo que determinara la oportunidad a ser considerado para el goce de este beneficio” —última parte del artículo siete del Decreto Supremo cero veintidós-noventa-TR— de suerte que el trabajador sindicalizado o no y con deseos o no de afiliarse lo único que tiene que hacer para ser beneficiario de la ley es inscribirse en la Bolsa de Trabajo.

No hay lógica, ni legal ni jurídica en la afirmación del accionante cuando sostiene que la Bolsa de Trabajo carece de legitimidad social por nacer por imperio de la Ley, porque si de un lado sostiene que las clausulas sindicales -que no es el caso sub-litis- “solo pueden hacerse efectivas por medio de convenio colectivo” y a región seguido resueltamente afirma que la “Bolsa de Trabajo” por “nacer por imperio de la Ley” carece de “Legitimidad social”, la tesis, en realidad, no encuadra ni con la doctrina ni con el Derecho Positivo. Porque en el proceso formativo del Derecho del Trabajo y

del Derecho Sindical —como ya se ha expuesto anteriormente— tanto la ley como los convenios colectivos son fuentes creativas del Derecho Social en general y porque históricamente la Bolsa de Trabajo en el país ha sido tratada y convenida entre los trabajadores de construcción civil y la entidad patronal —Asociación de Ingenieros del Perú—.

Finalmente, en este punto, es inoportuno la invocación del accionante del artículo cincuentiuno de la Constitución así como es irracional y exagerado sostener que con la creación de la Bolsa de Trabajo se “otorga un derecho preferencia a los trabajadores sindicalizados”, tanto por lo que se viene exponiendo, como por lo que exacta y correctamente prescribe el artículo cincuentiuno de la Constitución, los artículos uno y siete de la Ley veinticinco mil doscientos dos y el Decreto Supremo cero veintidós-noventa-TR respectivamente, y porque, de seguir el criterio del accionante, la totalidad de los trabajadores de los sindicatos del país tendrían un derecho preferencial, cuando lo que en realidad tienen es una mejor defensa de sus derechos e intereses frente al empleador o empresario.

La Ley creativa de la Bolsa de Trabajo tampoco atenta contra el principio de jerarquía normativa establecida por los artículos ochentisiete y doscientos treintiséis de la Constitución, porque tanto la ley veinticinco mil doscientos dos como su Reglamento, han sido expedidos dentro del cuadro legal que señala el orden jurídico-constitucional del país, por cuya razón la cita del artículo ciento cinco de la Carta Fundamental deviene inocua y por lo tanto innecesaria.

386

Por lo demás, como acto creativo del Derecho Social la Ley veinticinco mil doscientos dos debe considerársele como uno de los elementos jurídicos del nuevo modelo de Estado que propugna la Constitución. No se le debe ver con criterios del liberalismo de fines del siglo XIX y comienzos del presente; porque, en todo caso, los derechos que se consignan en el Capítulo Quinto del Título Primero de la Constitución del 79 se inspira en el constitucionalismo social que nace con la Constitución Mejicana de Querétaro, se ensancha con los nuevos aportes constitucionales que aparecen después de la Primera Guerra Mundial para consagrarse definitivamente como derechos sociales elevados a la jerarquía constitucional después de la Segunda Guerra Mundial, por lo que resulta irreverente apreciar a la norma legal cuestionada con criterios civilistas y privatistas como si se tratara de un precepto de derecho civil, cuando en realidad, se trata de una norma jurídica de Derecho Social donde la voluntariedad civil no tiene la misma trascendencia que la voluntad social.

Precisamente, el Derecho del Trabajo no nace por el patrocinio de los empleadores-empresarios, nace, de un lado, como consecuencia de la Organización sindical de los trabajadores; y de otro, por la intervención del Estado. Es decir, como forjamiento

y expresión de otro modelo de Estado nacido de acuerdo con las transformaciones operadas en el seno de la sociedad. Y si, inicialmente, el sindicato es un instrumento de defensa limitado, casi aislado, actualmente, “en todas partes, por múltiples vías, el sindicalismo se está integrando en la sociedad, está desempeñando un papel de responsabilidad cada vez mayor en el crecimiento económico y se está convirtiendo, al lado de los empleadores y del personas de dirección de la economía, en uno de los protagonistas del diálogo social en que estriba el crecimiento de toda sociedad que se pretende democrática y que respeta los derechos fundamentales del hombre” —Georges Spyropoulos, citado por Guillermo Gonzáles Rosales y Ricardo Elías Aparicio, en el Tomo III, página setecientos treinticinco de “Doctrina y Legislación del Trabajo en el Perú” —.

De otro lado, para la doctrina, en todo Sindicato, hay una “idea” de “defensa y fomento de intereses comunes” y también un “corpus” representado por la agrupación de trabajadores o de empleadores que viene a ser el soporte de esa, “idea”. Dentro de esta nueva conceptualización, el Sindicato ya no es la institución que solo busca mejoras salariales en cuya búsqueda llega hasta la huelga, sino que “proyecta su idea en finalidad inmediata (mejoramiento de las condiciones de trabajo y de vida) y en contribución superior al éxito de las políticas nacionales de crecimiento y desarrollo”. O sea que, “en amplia perspectiva actual, al sindicato se le concibe como una nueva fuerza que va integrándose en la sociedad con el avance de sus intereses comunes el desarrollo consiguiente de su colaboración: la indagación va a su identificación con los intereses comunes de la colectividad y facilita el proceso de cambio”. Ob. cit. página setecientos-treintisiete.

387

De modo que, el Derecho Sindical como parte del Derecho Colectivo de Trabajo, puede ser considerado como un derecho individual y como un derecho colectivo. Como lo primero, significa que el trabajador es libre de unirse o no a otros; “es un poder hacer o no hacer para la defensa y mejora de su situación”, y como lo segundo, las organizaciones sindicales tienen la facultad para unirse o no a otros para formar Federaciones y confederaciones, por lo que, confrontando con la doctrina —desde el ángulo del Derecho Sindical— la creación de la Bolsa de Trabajo, constituye otra vía para la incorporación al trabajo de personas que no disfrutaban de las simpatías del empleador-empresario.

Y porque, además, el término “organización” de acuerdo con el artículo décimo del Convenio ochentisiete, sobre Libertad Sindical y protección del Derecho de Sindicación, ratificado por Resolución Legislativa número trece mil doscientos ochentiuno de nueve de Diciembre de mil novecientos cincuentinueve, envuelve dos conceptos básicos: “fomentar” y “defender” los intereses de los trabajadores o de los emplea-

dores”. El fomento mira el futuro en la perspectiva del impulso que deben recibir los intereses de los trabajadores y la defensa mira el presente, en la consolidación o reivindicación de situaciones adquiridas e intangibles” —Nuevo Derecho del Trabajo, página doscientos nueve, Guillermo Gonzales Rosales” —.

Asimismo, la Ley veinticinco mil doscientos dos tampoco viola los Convenios Internacionales sobre libre negociación y sobre libertad sindical, menos viola el referente a la igualdad de trato. En realidad esta posición constitucionalista del Estado comienza con la Constitución de mil novecientos veinte, se ensancha con la de mil novecientos treintitrés y se consagra con el Constitucionalismo Social de la Carta de mil novecientos setentinueve. Pero además, para apreciar y evaluar los conceptos de libre asociación, de libertad sindical y de igualdad de trato -como se viene reiterando- no se puede utilizar criterios o valores civilistas sino criterios valorativos de Derecho político y de Derecho social, fundamentalmente contenidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos cuando estatuye que “todos son iguales ante la ley”, y que “todos tienen derecho a la igual protección contra toda discriminación” (artículo siete), lo mismo que cuando prescribe que “toda persona tiene derecho a la libertad de asociación”, a que “nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación” (artículo veinte, inciso primero y segundo), y que, finalmente, “toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y sindicalizarse para la defensa de sus intereses” (artículo veintitrés punto cuatro).

Ahora bien, confrontando estas normas positivas que tienen jerarquía constitucional por mandato del artículo ciento cinco de la Carta Fundamental con las establecidas en la Ley veinticinco mil doscientos dos y con su Reglamento aprobado por Decreto Supremo número cero veintidós-noventa-TR, a la luz del constitucionalismo social que encarna la Constitución de mil novecientos setentinueve, evidentemente ni hay contradicción ni menos violación de los derechos que señala el accionante. Y en esta línea jurídico-constitucional tampoco resulta violada la regla que establece que todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquier índole” (artículo sesentiuno punto uno de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica de veintidós de Noviembre de mil novecientos sesentinueve). Igual principio consagra el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales cuando consigna como garantía estatal el “derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, con sujeción únicamente a los estatutos de la Organización correspondiente para promover y proteger sus intereses económicos y sociales” —Los Derechos Laborales en la dimensión de los Derechos Humanos, página veinticuatro, José Hugo Rodríguez B—.

Por otra parte, como los Derechos Humanos abarcan y comprenden a los derechos civiles, a los políticos, a los económicos, a los sociales y a los culturales, por la naturaleza jurídica especial de los derechos económicos y sociales que en relación con los trabajadores se establecen en el Capítulo Quinto del Título Primero de la Constitución, en realidad, como venimos sosteniendo, no son ni enfrentados ni menos transgredidos por la Ley veinticinco mil doscientos dos.

Dentro de este mismo marco conceptual, la Constitución, especialmente, con los artículos cuarentidós y cuarentiséis se coloca, evidentemente, en el nivel del artículo seis numeral uno del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, cuando enfatiza que el derecho a trabajar “comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado”. Esto es, como en el caso sub-litis el trabajador de construcción civil, libre y espontáneamente se inscribe en la Bolsa de Trabajo y voluntariamente acepta ser beneficiario de ella.

Desde otro ángulo, no se debe perder de vista que el Estado después de la Segunda Guerra Mundial ha sido y sigue siendo objeto de diversos cambios en modelos y acondicionamientos jurídico-sociales en cuanto a criterios evaluativos del trabajo humano y a la participación de los trabajadores en el progreso social, en este sentido es importante señalar a la Encíclica “*Laborum Excercens*” de Juan Pablo II de quince de Abril de mil novecientos ochentiuno cuando propugna por una economía mixta de la empresa privada y pública y cuando respaldando la constitución de sindicatos reitera que “el principio fundamental: la jerarquía de valores, el sentido profundo del trabajo mismo exigen que el capital esté en función del trabajo y no el trabajo en función del capital”, lo cual conlleva a sostener que la acción de inconstitucionalidad no aporta nada nuevo, porque en definitiva no hace sino reiterar conceptos, términos y citas expuestos por los representantes de los empleadores del sector empresarial de construcción civil expresados a través de los diversos medios de comunicación social del país.

Por lo mismo, el Estado, como se ha sostenido en líneas anteriores, siguiendo los trazos del constitucionalismo social actual, y con anterioridad, concordando sus pasos con las ideas nacidas después de la Segunda Guerra Mundial y de la crisis surgida, creó el Ministerio de Trabajo y Asuntos Indígenas por Ley once mil nueve de treinta de Abril de mil novecientos cuarentinueve con el objeto de “promover el auténtico bienestar popular restaurando los derechos naturales de la gran masa trabajadora”.

Con esta perspectiva laboralista, el Estado, teniendo en cuenta la realidad del país, por Ley catorce mil doscientos setentitres de veintiséis de diciembre de mil novecientos setentidós, en el Ministerio de Trabajo y Asuntos Indígenas, creó como persona

jurídica de derecho público interno el Servicio de Empleo y Recursos Humanos, para “atender a la colocación de empleados, obreros y domésticos y controlar las oficinas privadas de colocación”, para “dirigir un programa continuo de información del mercado de trabajo nacional y los mercados regionales”, y finalmente, para “hacer estudios de las necesidades actuales y futuras de recursos humanos y proyectar la política en ese aspecto” (artículo segundo a.d.f.), lo que significa que la creación de la Bolsa de Trabajo no es una medida insólita y ausente de antecedentes legales, sino la continuación legislativa, si se quiere especializada de la norma encarnada en la Ley veinticinco mil doscientos dos.

Igualmente, en lo que se refiere a los Convenios Colectivos celebrados entre los trabajadores de construcción civil y el sector empresarial de esta rama de la actividad económica, la creación de las Bolsas de Trabajo, ha sido motivo de preocupación constante y de planteamientos reivindicatorios reiterados de los trabajadores de construcción civil como se desprende del Pacto Colectivo de catorce de Julio de mil novecientos cuarentiséis celebrado entre la Asociación de Ingenieros Constructores del Perú y el Sindicato de trabajadores de Construcción de la ciudad de Lima, Callao y Balnearios, en cuyo punto trece se establece que: “las empresas constructoras o particulares pidan el personal que necesitan a Sindicato de Construcción Civil, y no recibirán ningún trabajador si no presentan su Carta Sindical”, punto que quedó conciliado con el siguiente texto: “Las empresas o ingenieros expresaron su sentido favorable a la constitución de Bolsas de Trabajo organizadas por las entidades representativas de los trabajadores”.

390

Más tarde el tema de las Bolsas de Trabajo fue nuevamente tratado por ambas entidades, suscribiéndose con ese objeto el Pacto Colectivo de cinco de Abril de mil novecientos cincuentiocho; o sea doce años después y en cuyo punto tres se estipula y se aprueba en lo referente a la Bolsa de Trabajo lo siguiente: “Los tres Sindicatos de Trabajadores de Construcción Civil organizaran la Bolsa de Trabajo de su gremio para proporcionar trabajadores calificados a todas las obras en construcción civil. La Asociación de Ingenieros del Perú recomendará a sus asociados tomar a su servicio a los trabajadores de esa Bolsa sin que dicha recomendación pueda significar una obligación por parte del empresario de la obra”.

Finalmente, por Resolución Ministerial número cuatrocientos ochenta de veinte de Marzo de mil novecientos sesenticuatro, teniendo en cuenta que la Comisión Nacional de la Industria de Construcción Civil creada por Decreto Supremo número cero dieciocho de cuatro de Diciembre de mil novecientos setentidós, modificado por Decreto Supremo número cero diecinueve de siete de Diciembre de mil novecientos sesentidós estudió ampliamente la recomendación colectiva de los trabajadores de la

industria de la construcción civil del país, resolvió en el punto tres, hacer “extensivo a los trabajadores de construcción civil de la República el punto trece del Pacto Colectivo celebrado por el Sindicato de Trabajadores de Construcción Civil con la Asociación de Ingenieros Constructores, su fecha veintiuno de Julio de mil novecientos cuarentiséis, referente a la Bolsa de Trabajo”. Ambos Pactos Colectivos se encuentran registrados en el Libro de Pactos Colectivos del Ministerio de Trabajo, creado por el inciso c) del artículo décimo del Decreto Supremo de veintitrés de Marzo de mil novecientos treintiseis.

Sin embargo, de la suscripción de los Pactos Colectivos anteriormente mencionados, los trabajadores de construcción civil siguieron siendo “objeto de discriminación, ya sea por razón de edad o por su calidad de dirigentes sindicales”, como se desprende del punto contenido en el memorial que el veintidós de Diciembre de mil novecientos setenta presentó la Federación de Trabajadores de Construcción Civil del Perú y que dió origen a la expedición de la Resolución Ministerial número ciento treinticuatro-setentitrés-TR de doce de Marzo de mil novecientos setentitres creando una Comisión Tripartita integrada por un representante del Ministerio de Trabajo, dos representantes de los trabajadores de la Industria de la Construcción Civil y dos representantes de la Cámara Peruana de la Construcción, para estudiar el anteproyecto de contratación de trabajadores en construcción civil.

391

De otro lado, es conveniente remarcar, que el accionante emplea y esgrime básicamente los mismos argumentos y citas constitucionales que ha venido exponiendo tanto la Cámara Peruana de la Construcción como la Asociación de Ingenieros Constructores del Perú hechos a través de los medios de comunicación social desde que se promulgó y publicó la Ley veinticinco mil doscientos dos, en reportajes y en avisos pagados, lo que objetivamente significa revelarse no sólo contra los Pactos Colectivos celebrados y las disposiciones legales de naturaleza administrativa expedidas al respecto, sino también contra el artículo segundo del Convenio número ciento once de la OIT que establece que “todo miembro para el cual este Convenio se halle en vigor, se obliga a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva, por métodos ordenados a las condiciones y a la práctica nacional, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto” —Los Derechos Laborales en la Dimensión de los Derechos Humanos, página veinticuatro, José Hugo Rodríguez—.

De suerte que, las organizaciones sindicales en la dimensión de los derechos humanos “no puede limitarse a la representación y tutela de sus afiliados, sino que necesariamente se extiende a la representación y tutela de los intereses de los grupos profesionales o sectores de actividad en su conjunto” —Sindicatos en Libertad Sindical,

página cuarentitrés, Oscar Ermida Uriarte—, posición doctrinaria que concuerda también con la que sostiene que “si bien la actividad del sindicato está dirigida, en lo inmediato, a conseguir una mejor situación económica de los trabajadores, sus actividades no se agotan en este campo ya que el sindicato parte de entender que las necesidades del hombre no son únicamente profesionales, sino también necesidades afectivas, culturales, somáticas” —Trabajo y Constitución, página ciento noventa y ocho, Alfredo Villanueva Risos.

Por consiguiente, la creación de la Bolsa de Trabajo se inscribe en el rubro de las necesidades del trabajador en construcción civil.

Pero, además, desde el punto de vista de política constitucional, el modelo de Estado que propugna la Constitución de mil novecientos setentinueve no corresponde al Estado del clásico liberalismo del siglo pasado o del neoliberalismo actual sino al de un Estado que “es una República democrática y social, basada en el trabajo” (artículo setentinueve), que “reconoce al trabajo como fuente principal de la riqueza”, que “el trabajo es un derecho y un deber social” (artículo cuarentidós), que “todos contribuyen al bienestar general y a la realización de su propia personalidad mediante su trabajo como deber personal y social (artículo setentiséis), que “son deberes primordiales del Estado, eliminar toda forma de explotación del hombre por el hombre y del hombre por el Estado” (artículo ochenta) y que “el régimen económico de la República se fundamenta en los principios de justicia social orientados a la dignificación del trabajo como fuente principal de la riqueza y como medio de realización de la persona humana (artículo ciento diez).

392

En el ámbito de este constitucionalismo social se inscribe también la propia doctrina de la Iglesia cuando Juan Pablo II en *Laborem Excerns*, se pronuncia sobre el trabajo humano sosteniendo que “es una clave, quizá la clave esencial de toda la cuestión social, si tratamos de verla verdaderamente desde el punto de vista del bien del hombre”. O cuando dentro de la misma estimativa cristiana afirma el siguiente concepto: que “el primer fundamento del valor del trabajo es el hombre mismo su sujeto”.

Finalmente dentro de la programación jurídico-social, la creación de la Bolsa de Trabajo significa la concretización de una reivindicación social que ha venido gestándose desde mil novecientos cuarentiseis tanto en el campo de la legislación como en el de los Convenios colectivos de Trabajo, de manera que de acuerdo con lo anteriormente expuesto y con lo establecido en los manera diecinueve, veintiuno y treintitrés de la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales, el Tribunal, **FALLA:** declarando que la Ley y número veinticinco mil doscientos dos del veintitrés de Febrero de mil novecientos noventa, es constitucional por el fondo y por la forma, por

consiguiente es Infundada la acción de inconstitucionalidad interpuesta por el señor Fiscal de la Nación.

LEON SEMINARIO
CENTURION VALLEJO
CORSO MASIAS
VALENZUELA ASTETE
DIAZ VALVERDE
ESPINAL CRUZADO

Lo que certifico:

Gabriela Guillén Fernández.
Secretaria de Sala del TGC.

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO DOCTOR JAIME DIEZ-CANSECO YAÑEZ, EN EL SENTIDO DE QUE SE DECLARE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY N^o. 25202

VSTOS; Y CONSIDERANDO:

Que, reunido el Tribunal para la vista de la causa no se hicieron presentes ni el actor ni el apoderado del Congreso de la República; el suscrito voto en contra de que se les considerara como parte y pudieran informar oralmente los abogados de la Federación Nacional de Construcción Civil, como la Cámara de la Construcción por no ser partes en la litis, por cuanto en la acción de inconstitucionalidad éstas están previstas y limitadas a lo señalado en el artículo doscientos noventinueve de la Constitución Política, y los artículos veinticuatro y treintidós de la ley número veintitrés mil trescientos ochenticinco, Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales; por cuanto precisamente por ser el Tribunal el órgano de control de la Constitución debe cuidar que ella se cumpla, sin que tenga nada que hacer, que de acuerdo al artículo setentinueve de ella el Perú sea una República democrática y social (no socialista) ni con su no intervención se violarán los derechos humanos y porque tratándose de un Tribunal de justicia constitucional lo que debe primar es el debido proceso legal considerado como garantía innominada de la Administración de Justicia consignada en el artículo doscientos treintitrés de la Constitución política del Estado; la acción de inconstitucionalidad se limita sólo a determinar si la ley veinticinco mil doscientos dos viola o no la Carta Fundamental, y es de puro derecho, no pudiendo tomar en cuenta la parte factual; el actor no hace la invocación civilista de que viola el artículo segundo, inciso once de la Carta, sino lo trata como norma constitucional que infringe la Ley N^o veinticinco mil doscientos dos; se trata de tema constitucional y no de Derecho Civil, Derecho Comercial, Derecho de Trabajo o Derecho Cooperativo y no pueden ser invocados para demostrar que no hay violación constitucional; buscar por intermedio de una ley —como es el de autos— el establecimiento de una regulación legal especial para un grupo laboral, igualmente especial o particular, —como lo hace la ley veinticinco mil doscientos dos— es violar el artículo ciento ochentisiete de la Carta Fundamental que establece: “Pueden expedirse leyes especiales por que lo exige la naturaleza de las cosas; pero no por la diferencia de personas”; la ley veinticinco mil doscientos dos que es la que cuestiona el Fiscal de la Nación —y no su reglamento, porque lo accesorio sigue la suerte de lo principal— obligan al Trabajador a afiliarse al Sindicato, porque si no lo hace no se encontrará en la lista de candidatos a los puestos de trabajo, viola el derecho a la libertad de asociación consignada en el inciso once del artículo segundo de la Carta; el artículo siete del irrito Reglamento inconstitucional de la ley número veinticinco mil doscientos dos prescribe:

“Los trabajadores de construcción civil **deberán** registrarse en los Sindicatos que representan a dicha actividad a efecto de gozar del beneficio a que se contrae la ley número veinticinco mil doscientos dos...”, ésto en buen romance es una afiliación al sindicato y constituye un juego de palabras y por ello como afirma el señor Fiscal de la Nación la mencionada atenta contra la libertad de asociación; hay pues compulsión sindical. Como consecuencia también viola la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos que también consignan el derecho a la Libertad de Asociación. Es claro que sigue el principio de “puerta abierta” en las asociaciones, pero estas se cierran para el trabajador no sindicalizado, pues la cúpula sindical no lo tendrá como candidato al puesto que solicitó el empleador cuando éste lo pida.

Nuestro régimen jurídico no es socialista, ni estatista y por ello no le es aplicable la creación de una bolsa de trabajo sindical obligatoria por ser atentatoria de la libertad de contratar consagrada en el artículo dos inciso doce de la Constitución; la ley veinticinco mil doscientos dos obliga a los constructores a que el veinticinco por ciento de sus plazas de trabajo sean cubiertas por personal elegido e impuesto por los sindicatos de construcción civil; también es claro que la libertad de contratación no es ilimitada y la Constitución del Perú preceptúa que la ley puede regular su ejercicio en salvaguarda de los principios de justicia; la única forma como se justificará la intervención del Estado a través de la ley, es garantizando la justicia y evitando el abuso del derecho; empero, tal cosa no sucede en la ley impugnada de inexequibilidad por el señor Fiscal, ya que la ley número veinticinco mil doscientos dos es propiciatoria de una clara discriminación entre los trabajadores que están ligados a los sindicatos, y a aquellos que no lo están. Es de resaltar que la ley veinticinco mil doscientos dos no evita el abuso del derecho del ente sindical —**pues rompe los intereses en juego**— ya que por el contrario lo propicia, pues otorga a los sindicatos de construcción civil la facultad de imponer el veinticinco por ciento de los puestos de trabajo, está pues confiriéndole un derecho irrestricto y sin control, propicio para el abuso del derecho, pues los sindicatos colocaran a los trabajadores vinculados a ellos y en todo caso presionarán los candidatos haciéndolos contraer compromisos no deseados; es por ello que los supuestos en los cuales la Constitución peruana permite una interferencia de la ley a la libre contratación no se dan en la ley veinticinco mil doscientos dos.

El suscrito descarta —por lo expuesto líneas arriba— el concepto según el cual la ley sustituye al contrato y reafirma el valor de la autonomía de la voluntad, que es valedera en un Estado de derecho de régimen democrático y no socialista, como es el que establece la Constitución del Perú: cuando la ley obliga a los constructores a que

expresamente cubran las plazas de trabajo con un veinticinco por ciento de personal obrero elegido e impuesto por el Sindicato; ésto resulta un abuso del derecho pues rompe el equilibrio de los intereses en juego, coma lo repito.

El Perú no está regido por un régimen jurídico socialista como lo es en la legislación comparada, **la de Italia donde existe un monopolio estatal** en la colocación de trabajadores en las empresas de cualquier actividad, que cuentan con más de tres trabajadores. No existe en ese país la libertad de contratación. El fundamento de este sistema, regulado por la ley número doscientos sesenticuatro, de veintinueve de abril de mil novecientos cuarentinueve radica en el concepto socialista de entender a la colocación de mano de obra como una función pública (manifestación de la soberanía del Estado) y porque la Constitución obliga al Estado a tutelar el trabajo en todas sus formas y modalidades según el artículo treinticinco de la Constitución de ese país. En Italia el empleador debe solicitar por escrito los trabajadores que requiere y el Estado lo designa de la lista de inscripción que posee. Las excepciones de este sistema son: los componentes del grupo familiar del empleador (hasta el tercer grado) los trabajadores de confianza altamente especializado y los sujetos al régimen de formación profesional; ésto lo regula la ley número doscientos sesenticuatro, ya citada.

396 Contrato de trabajo para Cabanellas, en su Tratado de Derecho Laboral, “es aquel que tiene por objeto la prestación continuada de servicios privados (no es pues función pública) y con carácter económico y por el cual una de las partes dá una remuneración a cambio de servirse por su dependencia de la actividad profesional de otra”. Sin estas dos partes no hay contrato de trabajo. El Sindicato no puede sustituir a una.

El ius laboralista Antonio Ojeda Avilés, siguiendo la doctrina española señala claramente que son nulas, las cláusulas que establezcan un monopolio del sindicato sobre el mercado de empleo por violar la libertad sindical negativa; lo que contempla el artículo cincuentiuno de la Constitución peruana cuando dice “... nadie está obligado a formar parte de un sindicato ni impedido de no hacerlo”. Los sindicatos sólo son libres y auténticos en los países democráticos como el Perú; en los países socialistas son nada más que un apéndice del Estado, como apunta Chirinos Soto. La ley veinticinco mil doscientos dos crea un monopolio sobre el veinticinco por ciento de las plazas a cubrir con la Bolsa de Trabajo pues lo señala el Sindicato al cual la citada ley induce a afiliarse.

El senador Ponce de León, según aparece del diario de los debates del Senado, el martes veinte de febrero de mil novecientos noventa, dijo: “en cuanto se refiere a la libertad de contratación; el artículo segundo inciso doce de la Constitución consagra el principio de la libertad de contratación, la cual supone dos clases de libertades.

La primera la libertad de contratar que permite a una persona contratar con quien quiera, y segunda la libertad contractual, referida a la facultad de los contratantes para determinar entre sí, la forma y el contenido del contrato. Mediante la creación de la Bolsa de Trabajo, se estaría obligando a los directores de las obras a contratar un porcentaje de trabajadores de los sindicatos de construcción civil; violando de este modo las libertades que acabo de enunciar. Y, agrega: ... Con la creación de la Bolsa de Trabajo se estaría obligando tácitamente e indirectamente a los trabajadores de construcción civil a incorporarse a los sindicatos” y... las cúpulas sindicales serán las que designen a dicho veinticinco por ciento de los trabajadores de construcción civil;... “que en Estados Unidos... nadie puede obtener trabajo si no está afiliado a La Unión (el sindicato); pero La Unión no obliga, ni hace listas, ni hace Bolsas de Trabajo...”.

La Ley veinticinco mil doscientos dos, que crea la Bolsa de Trabajo atenta contra el artículo cincuentiuno de la Constitución que dice: “que nadie está obligado a sindicalizarse ni impedido de formar parte de un sindicato”; pues aún cuando no dice que deben sindicalizarse lo harán los trabajadores para conseguir trabajo en Construcción Civil; indica un porcentaje del veinticinco por ciento, y no señala directamente la obligación de ser miembro de un sindicato pero lo hace en forma indirecta. No encuentra con ello ningún equilibrio.

397

Es de notar que la Bolsa de Trabajo es obligatoria (caso de la ley veinticinco mil doscientos dos) cuando el empleador elige obligatoriamente de entre una nómina. Es voluntaria cuando el empleador no está obligado a contratar con quien designe la bolsa. A este respecto la ley impugnada de inconstitucional no confirma lo establecido en los convenios colectivos celebrados en mil novecientos cuarentiséis y mil novecientos cincuentiocho. El primero celebrado entre la Asociación de Ingenieros Constructores del Perú y el Sindicato de Trabajadores de Construcción Civil de Lima, Callao y Balnearios, acordó lo siguiente: “las empresas ó ingenieros expresan su sentido favorable a la constitución de Bolsas de Trabajo organizadas por las entidades respectivas de los trabajadores” sin establecer directa o indirectamente que la Bolsa de Trabajo tuviera carácter obligatorio. Lo anterior fue reiterado mediante el convenio celebrado en Abril de mil novecientos cincuentiocho, en el cual acordaron expresamente “que la Asociación de Ingenieros Constructores del Perú recomendará a sus asociados tomar a su servicio a los trabajadores de esa bolsa (de trabajo) **“sin que dicha recomendación pueda significar una obligación por parte del empresario de la obra”**. Finalmente mediante Resolución Ministerial número cuatrocientos ochenta, de veinte de Marzo de mil novecientos sesenticuatro que solución el pliego de reclamos de treinta de diciembre de mil novecientos setentitrés, se hizo extensivo a los trabajadores de construcción de la República lo acordado en el convenio celebrado en mil novecientos

cuarentiséis, que como hemos anotado no estableció obligación alguna respecto a la Bolsa de Trabajo.

Los convenios citados líneas arriba no han sido modificados. La Constitución política del Estado en su artículo cincuenticuatro preconiza que: “las convenciones colectivas de trabajo entre trabajadores y empleadores tienen fuerza de ley para las partes”.

El Estado garantiza el derecho a la negociación colectiva. La ley señala los procedimientos para la solución pacífica de los conflictos laborales. La intervención del Estado sólo precede y es definitiva a falta de acuerdo entre las partes. No se puede pues por ley como lo hace la número veinticinco mil doscientos dos modificar un pacto colectivo, por ello infringe la Constitución.

El principio de igualdad frente a la ley como se ha visto está contemplado en el artículo segundo inciso doce de la Carta, por ello todas las personas son iguales ante la ley. Este numeral debe concordarse con el artículo ciento ochentisiete que dispone que “Pueden expedirse leyes especiales porque lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por la diferencia de las personas”. Por esta razón la ley veinticinco mil doscientos dos es violatoria de la Constitución.

398 Es de hacer notar que la Constitución recoge en ámbito laboral el mismo principio de igualdad señalado líneas arriba al establecer en su artículo cuarentidós lo siguiente: “Corresponde al Estado promover las condiciones económicas y sociales que eliminen la pobreza y aseguren por igual a los habitantes de la República la oportunidad de una ocupación útil... El trabajo es objeto de protección por el Estado, sin discriminación alguna y dentro de un régimen de igualdad de trato”. La ley tantas veces mencionada veinticinco mil doscientos dos viola el artículo constitucional mencionada pues dá tratamiento diferente a los trabajadores de Construcción Civil ya que los sindicalizados tendrán el beneficio de integral la Bolsa de Trabajo, lo que no sucede con los no sindicalizados.

La ley veinticinco mil doscientos dos no respeta el principio de igualdad recogido en la Constitución en sus artículos segundos, inciso doce, ciento ochentisiete, y cuarentidós vulnerándose de este modo el principio de legalidad que consagra el artículo cuarto de la Constitución, que no contiene un “numerus clausus”. Por ello también procede la acción de inconstitucionalidad interpuesta por el señor Fiscal de la Nación.

La ley veinticinco mil doscientos dos viola también tratados internacionales de los cuales también el Perú es signatario. Tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la Declaración de Filadelfia y el Convenio Internacional de Trabajo número ciento once (de la OIT) que recogen el mismo principio de igualdad mencionado anteriormente. La ley impugnada de inexecutable atenta así no solo contra el artículo ciento uno

de la Constitución que dispone que en el caso de conflicto entre el Tratado y la Ley prevalece el Tratado.

Al respecto de lo expuesto en el párrafo anterior se debe tener en cuenta que la libertad sindical se encuentra consignada en el Convenio ochentisiete de la OIT, ratificado por el Perú mediante la Resolución Legislativa trece mil doscientos ochentiuno; Convenio que en su artículo segundo establece el derecho de los trabajadores a constituir las organizaciones que estimen convenientes así como el de afiliarse a ellas; presumiéndose este derecho de afiliarse necesariamente el derecho de no afiliarse pues en caso contrario sería obligación y no derecho. Así lo recoge el Decreto Supremo número cero cero nueve de tres de mayo de mil novecientos sesentiuno que establece: “Nadie puede ser obligado a integrar un sindicato o a no formar parte de él”.

El señor Fiscal de la Nación expresa en su demanda de inconstitucionalidad que la ley que cuestiona carece de considerandos.

Después del exhaustivo estudio practicado de lo que es materia del proceso de inconstitucionalidad y teniendo a la vista el dictamen sustentatorio de la Comisión de Trabajo y Promoción Social del Senado se llega a la conclusión de que efectivamente su fundamentación es débil, pues se apoya en la Resolución Ministerial ciento treinticuatro-setentitres-TR de doce de Marzo de mil novecientos setentitres que constituyó una comisión tripartita para la creación y organización de la Bolsa de Trabajo para el sector construcción civil, que no funcionó; y el pacto colectivo que cita de dos, once y trece de Julio de mil novecientos cuarentiseis aprobado por Decreto Supremo de catorce de Julio del mismo año al que ya nos hemos referido y a la Resolución Ministerial número cuatrocientos ochenta de veinte de Marzo de mil novecientos sesenticuatro, son también inoperantes para la creación de la Bolsa de Trabajo obligatoria. Igualmente, lo es cuando se refiere a los artículos cincuenticuatro y cincuentisiete de la Constitución Política del Estado que resulta inoperantes también respecto a la creación de una Bolsa de Trabajo Obligatoria.

El llamado “constitucionalismo social” no puede sostener que la Constitución política de 1979 sea socialista o social demócrata y por ello enervar la acción de inconstitucionalidad interpuesta por el señor Fiscal de la Nación, que la fundamenta en que la ley veinticinco mil doscientos dos, —consecuentemente su Reglamento— viola los derechos constitucionales reconocidos a los trabajadores, en especial por atentar contra los siguientes derechos: a) La libertad de Asociación, recogido por el artículo segundo inciso once de la Constitución; b) La Libertad Sindical Individual de los trabajadores plasmada en el artículo cincuentiuno de la Constitución; c) Contra el derecho de igualdad ante el trabajo, recogido por el artículo cuarentidós; d) Contra el derecho de igualdad ante la ley, plasmado en el artículo segundo inciso segundo de

la Constitución; e) Contra el derecho a la libertad Sindical del trabajador frente a las organizaciones patronales, establecido por el artículo cincuentiuno de la Carta; y, f) Contra el principio de la jerarquía de la norma establecido por el artículo ochentisiete de la Constitución.

El artículo setentinueve de la ley de leyes, preceptúa que el Perú es una República Democrática social. En la Asamblea Constituyente no prosperó la preceptiva de que “el Perú es una República Democrática y Social de trabajadores manuales e intelectuales”...La Carta de mil novecientos treintitres decía: “El Perú es República Democrática”. La Carta actual indica pues que la democracia es para la sociedad y no solo para el individuo. Empero, ello no puede llevar a establecer que por ello existe un “constitucionalismo social” y como repito menos que la Constitución Peruana sea social demócrata. Ella (la Constitución) fue fruto del consenso de las diferentes bancadas políticas existentes en la Asamblea Constituyente. Pero nada de ésto puede enervar los fundamentos mencionados en la acción de inexecutable incoada por el Defensor del Pueblo, en este caso de los Trabajadores de Construcción Civil no Sindicalizados, a quienes desampara la ley veinticinco mil doscientos dos en beneficio de los sindicalizados.

400 El primer párrafo del artículo ciento diez de la Carta Fundamental, señala lo siguiente: “El régimen económico de la República se fundamenta en principio de justicia social orientado a la dignificación del trabajo como fuente principal de riqueza y como medio de realización de la persona humana”. El numeral cuarentidós correspondiente al Capítulo del Trabajo, señala en su primera parte que “El Estado reconoce al trabajo como fuente principal de la riqueza”.

Conviene resaltar la contradicción que existe entre la afirmación del trabajo como fuente principal de la riqueza y medio de realización de la persona y la vigencia de una economía social de mercado que es antimonopólica, porque el monopolio por definición destruye la competencia, que contempla el artículo ciento quince de la ley de Leyes. No puede haber monopolio estatal ni privado. Las normas de aplicación de la economía social del mercado están impregnadas por criterios capitalistas, por lo que se hace difícil hablar de “constitucionalismo social”.

El irrito Reglamento de la Bolsa de Trabajo, dice en su artículo cuarto: “Los Sindicatos de trabajadores de construcción civil proporcionarán la relación del personal obrero de las diversas categorías y especialidades que corresponde al porcentaje a ser cubierto en la Bolsa de Trabajo en cada obra de acuerdo a su avance, en atención a las solicitudes cursadas a la entidad sindical...”. Incurrir en los contrafueros constitucionales anotados a lo largo de este voto, especialmente por ser obligatoria, y por

tanto compulsiva. Atenta pues contra los trabajadores de construcción civil que no se registren y/o afilien al Sindicato.

El derecho preferencial que otorga la ley impugnada a los trabajadores sindicalizados, como afirma el señor Fiscal, constituye una “cláusula sindical” que esta proscrita por nuestra Constitución al atentar directamente como lo hemos repetido contra la libertad sindical, contra los trabajadores no sindicalizados y que atenta también contra el principio de jerarquía de la norma establecida en los artículos ochentisiete y doscientos treintiseis de la Constitución, pues, por radio de una norma de inferior rango (una ley) se quieren modificar derechos que se encuentran cauteladas por normas constitucionales cuyo carácter de derechos humanos obliga a que cualquier modificación sobre ella debe hacerse mediante el procedimiento de reformas de la Constitución (artículo ciento cinco).

La acción de inconstitucionalidad tiene por objeto establecer si la ley veinticinco mil doscientos dos, infringe por el fondo la Constitución política del Estado, y no para desarrollar ideas socialistas sobre el derecho sindical, con el objeto de justificar su dación.

Como hemos visto en el decurso de este voto la ley veinticinco mil doscientos dos carece de los principios de legalidad y legitimidad por lo cual no es imperativa como afirma el tratadista Karl Loewenstein.

401

La ley veinticinco mil doscientos dos no va contra los derechos adquiridos pues no tiene efecto retroactivo de acuerdo al artículo treinta y ocho de la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales.

En resumen los derechos constitucionales violados por la ley veinticinco mil doscientos dos son:

- Derecho a contratar con fines lícitos (artículo segundo, inciso doce), pues obliga a los constructores a contratar con personas determinadas por el sindicato, lo que constituye un abuso de derecho.
- Derecho a la igualdad ante la ley (artículo segundo, inciso dos, y ciento ochentisiete de la Constitución). La ley veinticinco mil doscientos dos infringe el principio doctrinario de la razonabilidad de las leyes, pues otorga un tratamiento discriminatorio a quienes no integran ni tiene vinculación con el sindicato, de los que sí lo tienen, ya que estos últimos tienen más posibilidades de acceder a un puesto de trabajo.
- Derecho al trabajo (artículo cuarentidós de la Constitución). La ley cuestionada no vela por la igualdad de oportunidades en el acceso al empleo. Pues otorga

mayores posibilidades a los sindicalizados o a aquellos que están vinculados a los sindicatos en desmedro de los demás.

- La Libertad sindical individual en su ámbito negativo (artículo cincuentiuno de la Constitución). La ley impugnada por el señor Fiscal, obliga a los ciudadanos para ceder a un puesto de trabajo, a vincularse con el sindicato y/o a celebrar compromisos con él.
- Principio de legalidad (artículo cuarto de la Constitución). Como hemos dicho la ley veinticinco mil doscientos dos viola el principio de la jerarquía de normas al vulnerar derechos fundamentales; lo que produce una situación de inseguridad jurídica que atenta contra el principio de legalidad como fundamento de todo ordenamiento democrático. Obliga a los trabajadores a una asociación sindical o a no desafiliarse, ya que verían reducidas sus oportunidades de trabajo, se viola el artículo segundo inciso once de la carta.
- Se limita el derecho a elegir el trabajo para supeditarlo a los intereses del sindicato; violando el artículo segundo inciso trece de la Carta, según el cual toda persona tiene derecho a elegir y ejercer libremente su trabajo con sujeción a la ley.
- Se está discriminando a los trabajadores de construcción respecto a los de las otras actividades; violándose el artículo ciento ochentisiete de la Ley de Leyes que establece que pueden expedirse leyes especiales por lo que exige la naturaleza de las cosas pero no por la diferencia de las personas.

402

Encontramos que es de tipo político más que constitucional, sostener que la ley veinticinco mil doscientos dos constituye una defensa contra las llamadas “listas negras”; en el caso sub-materia. Ello no aparece ni de la sustentación del dictamen de la ley ni de los debates en el Senado.

Mediante el procedimiento de declaración de Inconstitucionalidad el Tribunal de Garantías Constitucionales, garantiza la primacía de la Constitución, y declara si son constitucionales o no por la forma o por el fondo -las Leyes-. Es pues deber del Tribunal declarar si la ley veinticinco mil doscientos dos es constitucional o no, en aplicación del artículo diecinueve de la Ley orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales número veintitrés mil trescientos ochenticinco. Para el suscrito por todo lo manifestado en el presente voto, es inconstitucional por el fondo y el Tribunal debe aplicar los artículos ochentisiete y doscientos treintiséis de la Constitución política del Estado, que establece la jerarquía de la norma.

Por todo lo expuesto no puedo votar con la mayoría y **MI VOTO** es porque se declare **FUNDADA** la acción de inconstitucionalidad interpuesta por el señor Fiscal de la

Nación contra la ley veinticinco mil doscientos dos que crea la Bolsa de Trabajo y su Reglamento; debiéndose notificar al Congreso de la República para que la derogue en cumplimiento del artículo trescientos uno de la Constitución política del Estado.

JAIME DIEZ-CANSECO YAÑEZ

Magistrado del Tribunal de Garantías Constitucionales

Fecha la misma

Lo que certifico:

Gabriela Guillén Fernández.

Secretaria de la Sala del TGC.

**VOTO SINGULAR POR LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY
NÚMERO VEINTICINCO MIL DOSCIENTOS DOS DEL SEÑOR
MAGISTRADO DOCTOR SAMANAMUD RUBIN.**

VSTOS; Y CONSIDERANDO:

Que el análisis de la Ley número veinticinco mil doscientos dos y también de la Constitución política del Estado en lo pertinente en relación con la mencionada Ley, utilizando para ello las diversas formas de interpretación aplicables tanto a la referida Ley y a la Ley de Leyes como son: el gramatical, el lógico, el sistemático, el histórico y el teleológico o finalista verifican la inconstitucionalidad de la Ley número veinticinco mil doscientos dos.

Que la inconstitucional Ley número veinticinco mil doscientos dos infringe el inciso doce del artículo dos de la Constitución política del Estado, porque viola la libertad de contratar, imponiendo al empleador o empresario la contraparte en el contrato de trabajo más aún, la referida Ley no solo viola la indicada libertad sino también los principios de justicia, porque sólo los trabajadores de construcción civil afiliados en cualquiera de los Sindicatos de Trabajadores de Construcción Civil o que se registren en el que desean de ellos, sin necesidad de previa afiliación para los efectos de la Ley número veinticinco mil doscientos dos, pueden cubrir el veinticinco por ciento del total de plazas que requiere una obra, mas no los trabajadores de construcción civil que no pertenecen al Sindicato de Trabajadores de Construcción Civil o que no se han anotado o registrado en él para los efectos de la referida Ley Veinticinco mil doscientos dos, asimismo, la indicada Ley no evita el abuso del derecho, todo lo contrario, porque hay notoria diferenciación entre unos trabajadores de construcción civil y otros trabajadores de la misma actividad laboral, la Ley número veinticinco mil doscientos dos y su reglamento el Decreto Supremo cero veintidós - noventa -T R son terminantes al respecto.

404

Que la inconstitucional Ley número veinticinco mil doscientos dos también infringe el inciso segundo del artículo dos de la Constitución política del Estado, por la notoria e injusta discriminación que hace entre los trabajadores de construcción civil, vulnerando así el principio de igualdad ante la Ley, por lo que también dicha Ley viola lo pertinentes, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Convenio Internacional de Trabajo número ciento once de la Organización Internacional del Trabajo. Los indicados tratados internacionales están suscritos y ratificados por el Perú y con arreglo a lo dispuesto en el artículo ciento cinco de la Constitución política del Estado tienen jerarquía constitucional. Que la inconstitucional Ley número veinticinco mil

doscientos- dos también infringe el artículo cuarentidós de la Constitución política del Estado porque da mayores posibilidades de estar dentro del veinticinco por ciento del total de trabajadores de construcción civil que requiere una obra, a los trabajadores de construcción civil sindicalizados de esa actividad laboral o los que se inscriban en el sindicato respectivo sólo para los efectos de la citada Ley número veinticinco mil doscientos dos, posponiendo a los trabajadores de construcción civil que no están afiliados al Sindicato de Construcción Civil o que no se han anotado en él para gozar de los beneficios de la Ley veinticinco mil doscientos dos. Que la inconstitucional Ley número veinticinco mil doscientos dos también infringe el artículo ciento ochentisiete de la Constitución política del Estado porque pueden expedirse Leyes especiales por exigirlo la naturaleza de las cosas mas no por la diferencia de personas y la Ley número veinticinco mil doscientos dos favorece a determinados trabajadores de construcción civil, lo que es incuestionable, en detrimento de otros trabajadores de la misma actividad de trabajo.

Que, la inconstitucional Ley número veinticinco mil doscientos dos también infringe el artículo ochentisiete de la Constitución política del Estado porque viola el principio de legalidad al vulnerar la jerarquía de las normas jurídicas, lo que atenta también contra la seguridad jurídica.

405

Que si bien es verdad, que la Ley número veinticinco mil doscientos dos es inconstitucional por diversas causales de anticonstitucionalidad, también es cierto, que en el preámbulo de la Constitución política del Estado en relación al trabajo se expresa la dignidad creadora del trabajo y también se afirma, que el trabajo es deber y derecho de todos los hombres y representa la base del bienestar nacional y como el trabajador es la parte débil en el contrato de trabajo, por la naturaleza de esa relación contractual es imprescindible protegerlo mediante la acción del Estado, desde la etapa previa a la obtención del contrato de trabajo para evitar toda posible discriminación distinta a la de su capacidad técnica o justa, más aún, si el Estado reconoce al trabajo como fuente principal de riqueza y es más, por estar el Estado obligado a dar protección al trabajo en sus diversas modalidades sin discriminación alguna y dentro de un régimen de igualdad de trato, por lo que es necesario que se reformen en constitucionalmente el inciso doce del artículo segundo y el artículo cuarentidós de la Constitución política del Estado, a los que hay que hacerles las adiciones pertinentes, que aseguren mayor justicia y protección a los trabajadores, desde los actos previos a la obtención del contrato de trabajo y en la formación de este. El jurista Barassi afirma: “El Trabajador debe ser protegido mediante norma constitucional desde los actos previos a la obtención de su contrato de trabajo y durante el proceso de su formación”. El jurista Krotoschin sostiene: “El Estado tiene la obligación incluible de intervenir con norma constitucional en protección del trabajador para la obtención de su contrato

de trabajo a partir de los actos previos”. Por los fundamentos, **MI VOTO** es porque se declare la inconstitucionalidad de la Ley número veinticinco mil doscientos en su integridad.

PELAYO SAMANAMUD RUBIN

Magistrado del Tribunal de Garantías Constitucionales

Fecha la misma

Lo que certifico:

Gabriela Guillén Fernández.
Secretaria de la Sala del TGC.

Expediente 004-90-I/TGC

Proceso de inconstitucionalidad interpuesto por 20 senadores contra el Decreto Supremo 057-90-TR. El Tribunal declaró inadmisibile la demanda.

Fecha de emisión: 3 de octubre de 1990

Resumen: Se presentó una demanda la inconstitucionalidad, interpuesta por 20 senadores en contra del Decreto Supremo 057-90-TR. El cual limitaba los convenios colectivos. El Tribunal de Garantías declaró inadmisibile la demanda, pero se presentaron votos singulares: uno conjunto de los magistrados Jaime Diez-Canseco Yáñez y Samanamud Rubín, estos consideraban que debía ser declarado inadmisibile la demanda. Asimismo, uno segundo del magistrado Espinal Cruzado, quien votó a favor de la admisibilidad de la demanda.

407

La resolución del Tribunal de Garantías declaró la inadmisibilidad de la sentencia, en tanto que dicho decreto supremo no se encontraba dentro de alguno de los supuestos posibles de impugnación: a) leyes, b) decretos legislativos c) normas regionales de carácter general y d) ordenanzas municipales que contravenían la Constitución por la forma o por el fondo. Por tanto, el Tribunal declaró inadmisibile la demanda.

El fundamento del voto del magistrado Jaime Diez-Canseco Yáñez y de Samanamud Rubín compartían el argumento de que debía ser inadmisibile la demanda. Explicaron que si bien el artículo 295 de la Constitución posibilitaba la acción popular contra las resoluciones entre otras normas y contra decretos de carácter general que expedía el Poder Ejecutivo, sin embargo, el Tribunal de Garantías no tenía competencia sobre los decretos supremos; y por consiguiente, los referidos magistrados consideraban que debía ser declarada inadmisibile la demanda.

El magistrado Espinal Cruzado votó a favor de la admisibilidad de la demanda. Afirmó que, la función legislativa no era exclusiva del Congreso. Así, los decretos de urgencia eran un ejemplo de cómo el ejecutivo emitía normativa que tenía fuerza de ley. Explicó que el concepto de ley tenía dos sentidos: el material y el formal. Mani-

festaba que aquello que se imponía era la necesidad de avanzar hacia una readecuación racional del modelo legislativo previsto en la Constitución, logrando que la ley parlamentaria y las normas gubernamentales encontrasen al fin una estructuración coherente, sistemática, racional y complementaria dentro del ordenamiento jurídico. Enfatizaba el hecho de que para la doctrina de ese entonces y para el propio texto constitucional de 1979, el Decreto de Urgencia tenía fuerza de ley, y que el Tribunal de Garantías por ser el órgano de control de la Constitución “se encuentra sometido solo a la Constitución y su Ley Orgánica” y es “único en su orden”. Por dicho motivo, el Tribunal de Garantías era competente para avocarse al conocimiento de la acción incoada. En consecuencia, consideró que debió declararse previamente la admisibilidad de la demanda.

Temas clave: Control constitucional —Poder Ejecutivo.

TRIBUNAL DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

EXP. No. 004-90-I-TGC

**CASO: DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD
INTERPUESTA POR VEINTE SEÑORES SENADORES EN
CONTRA DEL DECRETO SUPREMO No. 057-90-TR.**

RESOLUCIÓN

En Arequipa, a los tres días del mes de Octubre de mil novecientos noventa, el Tribunal de Garantías Constitucionales en sesión de Pleno Jurisdiccional, con asistencia de los señores Magistrados:

León Seminario, Presidente;
Centurión Vallejo, Vicepresidente;
Corso Masías;
Diez-Canseco Yáñez;
Valenzuela Astete;
Díaz Valdivia: Espinal Cruzado; y
Samanamud Rubín;

409

no interviniendo el Doctor Peláez Bazán por razones de salud, actuando como Secretario el Doctor Federico Córdova Velasco, pronuncia la siguiente Resolución en mayoría, después de haber deliberado en privado, y con los fundamentos de voto de los señores Diez-Canseco Yáñez y Sarnanamud Rubín y el voto singular del señor Espinal Cruzado.

ASUNTO.

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por veinte Señores senadores contra del Decreto Supremo número cero Cincuentisiete-noventa-TR, promulgada el diecisiete de agosto de mil novecientos noventa y publicado en el Diario Oficial El Peruano del día veinte del mismo mes, por considerarlo atentatorio contra la vigencia de nuestro ordenamiento en vigor desde mil novecientos ochenta.

ANTECEDENTES

A fojas uno veinte señores Senadores de la República con fecha veinte de setiembre último interponen demanda de inconstitucionalidad del Decreto Supremo cero cincuentisiete-noventa-TR, expedido por el señor Presidente de la República, con la firma de los señores Ministros de Economía y Finanzas de Trabajo y Promoción Social,

invocando el amparo del inciso veinte del artículo doscientos once de la Constitución, que le faculta dictar medidas extraordinarias en materia económica y financiera, con cargo a dar cuenta al Congreso.

Los señores representantes recurrentes, fundamentan su acción en los artículos cuarentiuno, cuarentidos, setenticuatro y doscientos treintiséis de nuestra Constitución Política, así como en la Ley veintitrés mil trescientos ochenticinco.

La misma demanda solicita también que el Tribunal, declare expedito el derecho de los trabajadores a que ella se refiere, al pleno goce de empleo establecido por sus convenios colectivos de trabajo.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Que si bien el artículo doscientos noventa y seis de la Constitución Política del Estado establece que el Tribunal de Garantías Constitucionales es su órgano de control, también lo es que esa facultad la ejerce en dos formas: una a través de las acciones de garantía, agotada la vía judicial, conforme lo establece el inciso segundo del artículo doscientos noventa y ocho; y otra en vía de acción, como lo prescribe el inciso primero del mismo artículo Constitucional, y los artículos veinticuatro y siguientes de la Ley Veintitrés mil trescientos ochenticinco, Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales. Que con relación a los casos que el Tribunal de Garantías Constitucionales puede conocer en vía de acción ellos se encuentran taxativamente condicionados a que sea a petición de parte e igualmente limitados a que se trate de impugnación de a) Leyes b) Decretos Legislativos c) Normas Regionales de carácter general y d) Ordenanzas Municipales que contravienen la Constitución por la forma o por el fondo.

Que, en consecuencia, no encontrándose el Decreto Supremo impugnado en ninguno de los presupuestos señalados, la demanda que lo impugna, resulta inadmisibile; y estando a lo dispuesto por la segunda parte del artículo cuatro de la Ley veintitrés mil trescientos ochenticinco, el Tribunal de Garantías Constitucionales, **Resuelve**, en mayoría: declarar inadmisibile la demanda de fojas uno.

LEÓN SEMINARIO
CENTURIÓN VALLEJO
CORSO MASÍAS
DIEZ CANSECO YAÑEZ
VALENZUELA AESTETE
DIAZ VALDIVIA
SAMANAMUD RUBIN

Lo que certifico:

Dr. Federico Córdova Velasco.

Secretario-Relator.

Tribunal de Garantías Constitucionales.

EXP. No. 004-90-I-TGC

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR JAIME DIEZ-CANSECO YAÑEZ, EN EL SENTIDO DE QUE SE DECLARE INADMISIBLE LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD INTERPUESTA POR VEINTE SEÑORES SENADORES CONTRA EL DECRETO SUPREMO No. 057-90-TR.

La acción sub-materia intenta que el Tribunal de Garantías Constitucionales declare, si, los decretos supremos dictados al amparo del inciso veinte del artículo doscientos once de la Constitución Política del Estado que faculta al Poder Ejecutivo para dictar con carácter extraordinario medidas económicas y financieras de interés nacional con cargo de dar cuenta al Congreso; tienen jerarquía normativa de una ley y que el Decreto Supremo cero cincuentisiete-noventa-TR -que es de carácter general- es inconstitucional. El Tribunal no puede pronunciarse sobre ello por ser materia de la acción popular, que es un control que ejerce el Poder Judicial sobre el Poder Ejecutivo.

COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES EN EL CASO SUB-JUDICE

412

Según J.R. Podetti la voz competencia en el Derecho Procesal, se encuentra íntimamente vinculada al estudio de la Jurisdicción, institución esta que, con la acción y el proceso, constituyen la trilogía estructural básica de la ciencia del proceso civil, conceptos todos que en la experiencia jurídica están estrechamente unidos en forma inescindible”. El mismo Podetti define la jurisdicción como: “El poder público que una rama del Gobierno ejercita de oficio o a petición de interesado, instruyendo un proceso para esclarecer la verdad de los hechos que afectan el orden jurídico, actuando la ley en la sentencia y haciendo que ésta sea cumplida”.

De acuerdo al inciso primero del artículo doscientos noventa y ocho de la Constitución, el T.G.C. tiene jurisdicción en todo el territorio de la República. **Es competente** para: Declarar, a petición de parte, la inconstitucionalidad parcial o total de las leyes, **decretos legislativos**, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravienen la Constitución por la forma o por el fondo.

El artículo segundo de la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales número veintitrés mil trescientos ochenticinco, dice: “El Tribunal **es competente** para conocer de los casos que contempla el artículo doscientos noventa y ocho de la Constitución”. Y, en su artículo cuarto...” el Tribunal aprecia de oficio su falta de jurisdicción o de competencia”. ¿Tiene competencia el TGC para resolver acciones

sobre decretos supremos de carácter general como el cero cincuentisiete-noventa-TR, que origina la acción de inconstitucionalidad? Parece que no.

El artículo doscientos noventicinco de la Constitución en su cuarto apartado dice: “Hay acción popular ante el Poder Judicial, por infracción de la Constitución —que es lo que piden los señores senadores— o la ley, contra los reglamentos y normas administrativas y contra las resoluciones y **decretos de carácter general** que expide el Poder Ejecutivo...”.

La Ley veinticuatro mil novecientos setentiocho, Ley Procesal de la Acción Popular, en su artículo primero dice: “Hay acción popular ante el Poder Judicial por infracción de la Constitución o la ley, contra luz reglamentos y normas administrativas y contra las resoluciones y **decretos de carácter general** que expide el Poder Ejecutivo, los Gobiernos Regionales y Locales y demás personas de derecho público”. El artículo diez de la misma ley dice: “El Conocimiento de la demanda de **acción popular es competencia exclusiva del Poder Judicial**”.

Queda pues claro que el TGC de acuerdo a la Constitución artículo doscientos noventiocho inciso primero y el artículo segundo de su Ley Orgánica no tiene sino las dos únicas competencias que señala; entre los que no está declarar la inconstitucionalidad de un Decreto Supremo de carácter general como es el cero cincuentisiete-noventa-TR. Su jurisdicción no es prorrogable al T.G.C., así tuviera fuerza de ley, por ser la acción popular de orden público de orden público, al ser ley procesal.

413

La sentencia que ampara la acción popular, como la que favorezca la de inconstitucionalidad tiene efectos “erga omnes”, es decir, efectos generales para todos. Empero, son de distinto fuero y control jurisdiccional, así sea de necesidad y urgencia la normatividad que la origina.

El artículo cuarto de la Ley Orgánica del TGC le permite pues apreciar de oficio su falta de jurisdicción o de competencia y no admitir la demanda. Es lo que se denomina la competencia negativa o declaración de oficio de la incompetencia. Es decir, que antes de ver y tramitar la acción de inconstitucionalidad interpuesta por los veinte señores senadores se declara incompetente para ello y no admite la demanda dictando la resolución del caso. No se pronuncia aun cuando puedan ser decretos con fuerza de ley; ya que como lo establece el artículo mil trescientos cincuenticinco del Código Civil la ley, por consideraciones de interés social, público o ético puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos (léase Convenios Colectivos de Trabajo).

En la casuística la Corte Suprema ha resuelto que los decretos supremos dictados por el Poder Ejecutivo en aplicación a lo establecido en el inciso veinte del artículo dos-

cientos once de la Constitución no solo modifican las leyes sino también los contratos que son leyes entre las partes, por considerarlos que tienen “el rango de ley por la naturaleza misma de su contenido y de su procedencia”... Así lo señala la resolución de dieciocho de enero de mil novecientos noventa publicada en el Boletín de la Academia de la Magistratura. Resolución publicada bajo el título “desahucio: Es improcedente la demanda puesto que los decretos supremos (de urgencia) tienen rango de ley. Merecen respeto las normas por la naturaleza de su contenido y de su procedencia, no existiendo violación del principio de jerarquía de leyes por su carácter temporal”.

Es en todo caso al Parlamento al que corresponde establecer “la calificación del concepto de “Interés Nacional”, la naturaleza de las medidas extraordinarias, la delimitación de las materias objeto de regulación, su duración y eficiencia, la definición del procedimiento del “dar cuenta” a representación parlamentaria, etc.”; en interpretación auténtica. O si no, de acuerdo al artículo ciento veinticinco del nuevo Reglamento de la Cámara de Diputados, que concuerda con los decretos de necesidad y urgencia.

La demanda adolece pues de defecto de forma por no ser la vía para incoar la inconstitucionalidad del Decreto Supremo cero cincuentisiete noventa-TR, la escogida ante el TGC por los accionantes; sino la de la acción popular.

414

La resolución que recae al declarar inadmisibles las acciones de inconstitucionalidad por carecer el TGC de competencia tiene la calidad de auto. (Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, de Guillermo Cabanellas, Tomo I, pág.4 16).

Por todo ello y como indica el inciso segundo del artículo treinta de la ley veintitrés mil trescientos ochenticinco, Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales, **MI VOTO** es por la **INADMISIBILIDAD** de la demanda.

DIEZ CANSECO YAÑEZ

Magistrado del Tribunal de Garantías Constitucionales

Fecha la misma.

Lo que certifico:

Dr. Federico Córdova Velasco.

Secretario-Relator.

Tribunal de Garantías Constitucionales.

**VOTO FUNDAMENTADO DEL SEÑOR MAGISTRADO
DOCTOR PELAYO SAMANAMUD RUBIN EN LA ACCIÓN DE
INCONSTITUCIONALIDAD PROMOVIDA POR VEINTE SEÑORES
SENADORES DE LA REPÚBLICA CONTRA EL DECRETO
SUPREMO NÚMERO CERO CINCUENTISIETE-NOVENTA-TR.**

Vistos; y Considerando: Qué el Tribunal de Garantías Constitucionales, no tiene competencia para conocer la acción de inconstitucionalidad contra el Decreto Supremo número cero cincuentisiete-noventa-TR. estando a lo dispuesto en el inciso primero del artículo doscientos noventiocho de la Constitución Política del Estado y también a lo ordenado en los artículos diecinueve, veinte y cuatro de la Ley número veintitrés mil trescientos ochenticinco-Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales-, pronunciada con sujeción a lo mandado por el artículo trescientos tres de la Ley de Leyes. Qué la acción de inconstitucionalidad contra Decreto Supremos de carácter general expedidos por el Poder Ejecutivo, ya sea invocando el citado Poder del Estado el inciso veinte del artículo doscientos once de la Constitución Política del Estado o invocando el referido Poder del Estado el inciso once del artículo doscientos once de la mencionada Constitución Política del Estado, es de competencia exclusiva del Poder Judicial, mediante la pertinente acción popular contra cualquier Decreto Supremo de carácter general que sea inconstitucional, estando a lo dispuesto por el artículo doscientos noventicinco último párrafo de la Constitución Política del Estado y por los artículos uno, dos, veintitrés y diez y veinticuatro de la Ley número veinticuatro mil novecientos setentiocho. Qué el Tribunal de Garantías Constitucionales, no tiene competencia para conocer la acción de inconstitucionalidad contra el Decreto Supremo cero-cincuentisiete-noventa-TR. por que dicho Decreto Supremo no es Ley, además, tampoco tiene fuerza de Ley, porque la Constitución Política del Estado, cuando establece que una norma Jurídica de inferior jerarquía a la Ley, tiene fuerza de Ley lo indica expresamente, así por mandato del artículo ciento setentisiete de la Constitución Política del Estado, el Reglamento de la Cámara de Diputados tiene fuerza de Ley y lo mismo ocurre no -solo con el Reglamentos de la Cámara de Senadores si no también con el Reglamento del Congreso Nacional. A mayor abundamiento, también cuando la Carta Fundamental del Estado, da a un acto fuerza de Ley lo indica expresamente, tan es así, que el artículo cincuenticuatro de la Constitución Política del Estado establece, que las convenciones colectivas de trabajo entre trabajadores y empleadores tienen fuerza de Ley para las partes. Qué la diferencia sustancial que hay entre los Decretos Supremos de carácter general expedidos por el Poder Ejecutivo, unos invocando el inciso once del artículo doscientos once de la Constitución Política del Estado

y otros invocando el inciso veinte del artículo doscientos once de la Constitución Política del Estado, está en que los primeros sirven para reglamentar las Leyes y los segundos son exclusivamente para administrar la hacienda Pública o dictar medidas extraordinarias en materia económica y financiera, cuando así lo requiera el interés nacional y con cargo de dar cuenta al Congreso Nacional. Qué todos los Decretos Supremos de carácter general que expide el Poder Ejecutivo son solamente Decretos Supremos de carácter general y nada más. Y carecen de fuerza de Ley y uno de ellos es precisamente el Decreto Supremo número cero cincuentisiete-noventa-TR. En ningún caso, estas comprendido el referido Decreto Supremo de carácter general, en el inciso primero el artículo doscientos no veintiocho de la Constitución Política del Estado; El Jurista **CALAMANDREI** sostiene “Las Normas Jurídicas tienen la jerarquía, indiscutible, necesaria y forzosa que les corresponden, dentro de la jerarquía de las normas jurídicas y cual quiera de ellas solo puede tener jerarquía superior por mandato expreso e indubitable de la Constitución del Estado. El Jurista **VANOSSI** afirma “No puede ampliarse en su aplicación la norma constitucional taxativa mediante la interpretación analógica u otras formas de interpretación, hacerlo es inconstitucional” Por los fundamentos mencionados **MI VOTO** es porque el Tribunal de Garantías Constitucionales, declare inadmisibile la acción de inconstitucionalidad contra el Decreto Supremo número cero cincuentisiete-noventa-TR. Objeto de la demanda por carecer el Tribunal de Garantías Constitucionales de competencia para declarar la inconstitucionalidad del referido Decreto Supremo.

416

PELAYO SAMANAUD RUBIN
MAGISTRADO DEL TRIBUNAL DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

Fecha la misma.

Lo que certifico:

Dr. Federico Córdova Velasco.

Secretario-Relator

Tribunal de Garantías Constitucionales.

**VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO ESPINAL
CRUZADO POR LA ADMISIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE
INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA EL DECRETO SUPREMO
No. 057-90-TR.**

Veinte señores Senadores de la República plantean acción de inconstitucionalidad contra el Decreto Supremo número cero cincuentisiete-noventa-T R, expedido el diecisiete de agosto y publicado en el diario oficial “El Peruano” el día 20 del mismo mes del año en curso, mediante el cual el Poder Ejecutivo establece que las empresas comprendidas en la Ley número veinticuatro mil novecientos cuarentiocho —Ley de Actividad Empresarial del Estado— así como entidades del Estado cuyos trabajadores se encuentran sujetos al régimen laboral de la actividad privada no podrán otorgar hasta el 31 de diciembre de 1990, incremento de remuneraciones; cualquiera sea la denominación, sistema, modalidad o periodicidad que adopten y que haya sido fijadas por decisión unilateral del empleador o en virtud de convenio colectivo.

El Decreto Supremo cuestionado ha sido expedido por el señor Presidente de la República y refrendado por el señor Presidente del Consejo de Ministros y Ministerio de Economía y Finanzas y por el señor Ministro de Trabajo y Promoción Social invocando como sustento jurídico a los artículos setentidós, setentitrés e inciso veinte del artículo doscientos once de la Constitución Política del Estado.

417

Planteada así la situación controversial, el Tribunal, en acatamiento del artículo treinta de la Ley número veintitrés mil trescientos ochenticinco, Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales, debe resolver: si admite la demanda o la declara inadmisibile. En esta última posibilidad la resolución de inadmisibilidada debe ser debidamente motivada.

En la historia institucional del Tribunal, es la primera vez que forma inminente se le solicita un pronunciamiento de justicia constitución al sobre una norma expedida por el Poder Ejecutivo en el marco jurídico-legal establecido por el inciso veinte del artículo doscientos once de la constitución; por consiguiente, el Tribunal, debe dilucidar primero la admisibilidada o inadmisibilidada de la acción de inconstitucional; y segundo, definida la situación, para el caso de optar por la admisibilidada, entrar a conocer el fondo de la acción incoada contra el Decreto Supremo número cero cincuentisiete-noventa-TR.

Pues bien, de acuerdo con los artículos doscientos noventiocho y doscientos noventinueve Constitucionales concordados con los artículos diecinueve y veinticuatro de la ley número veintitrés mil trescientos ochenticinco, el Tribunal es competente para

declarar a petición de 20 Senadores la “Inconstitucionalidad parcial o total de las leyes, decretos legislativos... que contravienen a la Constitución por la forma o por el fondo”.

El debate, en realidad, trasciende el tratamiento histórico con que se ha considerado a las normas legales expedidas por el Poder Ejecutivo. Para el Derecho Constitucional clásico el Poder Ejecutivo solo era un ente administrador. Su campo normativo estaba circunscrito a la expedición de normas administrativas mientras que la función legislativa la tenía única y exclusivamente el Parlamento. Pero después de la Segunda Guerra Mundial cuando el Estado adquiere nuevas dimensiones y funciones, el Derecho Constitucional moderno considera factible la participación legislativa del Poder Ejecutivo.

A partir de entonces en el campo de la doctrina del Derecho Constitucional y en el propio Derecho positivo se plantea el problema jurídico-constitucional, si a determinadas normas del Poder Ejecutivo se les podía dar la jerarquía, categoría o fuerza de ley. Sobre el particular, los constitucionalistas nacionales Domingo García Belaunde, Carlos Cárdenas Quiroz y Alfredo Quispe Correa, consideran que si bien es cierto que la norma cuestionada —Decreto Supremo número cero cincuentisiete-noventa-TR— tiene la forma de Decreto Supremo, sin embargo, él también tiene ‘la fuerza y el efecto de una ley’ —Suplemento Dominical de El Comercio de nueve de setiembre de mil novecientos noventa—. Del mismo parecer es el profesor Cesar Landa Arroyo, al afirmar que “los decretos de urgencia dictados hasta la fecha son normas extraordinarias que tienen fuerza de ley” —la República de veinticuatro de setiembre de mil novecientos noventa—.

418

El concepto de ley en el ámbito de la doctrina tiene dos acepciones: “a) ley en sentido material, concepto objetivo de la norma jurídica; b) ley en sentido formal, como un acto legislativo que tiene forma constitucional de ley. La distinción es clara. La ley en sentido material o substancial (criterio objetivo), está determinada por la naturaleza de la actividad del Estado y no por la del órgano del cual emana (criterio subjetivo). La ley en sentido substancial contiene siempre normas jurídicas; y recíprocamente toda norma jurídica es ley en sentido substancial, prescindiendo del órgano del cual emana” —Rafael Bielsa, derecho Administrativo, tomo I, pagina 84—.

Pero volviendo sobre el tema sub-materia que se inscribe bajo la denominación de Funciones Legislativas del Poder Ejecutivo, Francisco José Eguiguren Praeli, después de un racional y analítico estudio de la Legislación delegada (artículo ciento ochentiocho) y los Decretos Presidenciales de urgencia (inciso veinte del artículo doscientos once) llega a la conclusión de que la “tarea (posible y urgente) que se impone es avanzar hacia una readecuación racional del modelo legislativo previsto en la

Constitución, logrando que la ley parlamentaria y las normas gubernamentales con fuerza de ley encuentren al fin una estructuración coherente, sistemática, racional y complementaria” —La Constitución Peruana de mil novecientos setentinueve y sus problemas de aplicación, página cuatrocientos cincuentinueve—. Y en forma más enfática el profesor Domingo García Belaunde al examinar los niveles normativos de nuestro sistema jurídico, incluye, dentro del nivel de leyes tanto a los Decretos Legislativos como a los Decretos de Necesidad y Urgencia, porque sostiene que “como podrá apreciarse, en el primer nivel se encuentran la Constitución y las normas de igual jerarquía. Luego vienen las leyes e incluimos todas las que existen actualmente en nuestro medio, en donde ubicamos a los decretos de necesidad y urgencia y los decretos legislativos” —Ternas Constitucionales 3, página treintiséis—. Y, por último el Colegio de Abogados de Lima, pronunciándose sobre el mismo tema afirma que “es correcto señalar que el Decreto o Reglamento de necesidad y urgencia constituye desde el punto de vista formal, Acto Administrativo. Desde el punto de vista material constituye un Acto Legislativo que se fundamenta, exclusivamente, en el **ESTADO DE NECESIDAD**, que determina la competencia extraordinaria que acuerda la Constitucional Poder Ejecutivo” —Suplemento Dominical de El Comercio de nueve de setiembre de mil novecientos noventa—.

Por consiguiente, si de acuerdo con la doctrina actual y el propio texto constitucional el Decreto de Urgencia cuestionado tiene fuerza de ley y el Tribunal de Garantías Constitucionales es el “órgano de control de la Constitución”, que “se encuentra sometido solo a la Constitución y su Ley Orgánica es “único en su orden” —artículo doscientos noventiséis Constitucional y artículo primero de la veintitrés mil trescientos ochenticinco—, es competente para abocarse al conocimiento de la acción incoada declarando previamente la admisibilidad de la demanda.

Sobre este particular, la demanda ha cumplido con los requisitos exigidos en el Capítulo II del Título II de la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales, por tanto, su viabilidad procesal aparece nítida si se considera que el artículo treinta de la Ley acotada prescribe que para declarar la inadmisibilidad de la demanda debe darse cualquiera de los siguientes supuestos: o que la acción se haya interpuesto después de vencido el plazo de seis años de publicada la norma; o que la demanda contenga algún defecto de forma; o que no acompañe los recaudos mencionados en la demanda; o cuando el Tribunal, con anterioridad hubiere desestimado una acción de inconstitucionalidad “sustancial ente igual en cuanto al fondo”. Situación procesal que no se da en el caso sub-materia; por consiguiente, si la situación jurídico-procesal es así el Tribunal debe entrar a conocer el fondo de la acción de inconstitucionalidad.

Por otro lado, el derecho de acción de los senadores demandantes se encuentra amparado en el artículo doscientos noventinueve Constitucional y en el artículo veinticuatro de la Ley veintitrés mil trescientos ochenticinco. Al respecto, es necesario considerar la opinión del Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de México, Eduardo García Máynez, cuando afirma que la acción es “la facultad de pedir a los órganos jurisdiccionales la aplicación de las normas jurídicas a casos concretos, ya sea con el propósito de esclarecer una situación jurídica dudosa, ya con el de declarar la existencia de una obligación y, en caso necesario, hacerla efectiva” —Introducción al Estudio del Derecho, pagina doscientos veintinueve—.

De manera que, el Tribunal órgano con jurisdicción constitucional, teniendo en cuenta además de los dispositivos jurídico-constitucionales anotados, la garantía consignada en el inciso seis del artículo doscientos treintitrés constitucional y el Artículo ocho del Título Preliminar del Código Civil, los Magistrados del Tribunal no pueden dejar de administrar justicia.

Por otra parte, los fundamentos de mi voto no solo están respaldados en la legislación comparada de Francia, Italia y España, que ha servido de fuente inspiradora del Instituto que ha dado origen a la presente acción, sino también, como vengo expresando, en la doctrina y en la opinión de expertos constitucionalistas nacionales.

420

Pero además, si se sostiene que los Decretos de Urgencia no están comprendidos en el numeral 1) del artículo doscientos noventiocho Constitucional o que en todo caso hay un vacío legal, la respuesta es: primero, que no es posible admitir que en, el mismo artículo doscientos once la Constitución reiterativamente en los inciso once y veinte se refiriera a normas de igual naturaleza, porque desde la redacción y sentido jurídico son preceptos evidentemente distintos; y segundo, porque también buscando una interpretación de las normas contenidas en los numerales diez, once y veinte del artículo doscientos once Constitucional, encontramos que los Decretos Legislativos y los Decretos de Urgencia son de naturaleza jurídica distinta de los denominados simplemente Decretos. Los dos primeros se refieren a una actividad legislativa y el último a una actividad administrativa del Poder Ejecutivo.

Y, por último en el campo de la doctrina se niega la existencia de “lagunas” en el Derecho, puesto que, de acuerdo con el principio de la Plenitud Hermética del Derecho “no hay situación alguna que no pueda ser resuelta jurídicamente, esto es, de acuerdo con principios de derecho” —Ricardo García Máynez, Ob. Cit. pág. trescientos cincuentinueve—. Luego el mismo Profesor García Máynez citando a Zitelmann continúa afirmando que “toda controversia sometida a la decisión de un tribunal debe ser resuelta, y resuelta jurídicamente”, y que, “desde este punto de vista se llega a la con-

clusión de que el Derecho carece de lagunas, porque los vacíos que la ley deja deben ser llenados por el juez, no de manera arbitraria, sino por aplicación de principios jurídicos” —Ob. Cit. págs. Trescientos cincuentinueve-trescientos sesenta— y, porque finalmente, de acuerdo con la regla de que “lo que no está expresamente prohibido esta implícitamente permitido”.

De manera que, si ni en el Título V de la Constitución política, ni en la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales número veintitrés mil trescientos ochentacinco ni en el Decreto Supremo número cero doce-ochentisiete-JUS, que aprueba el Reglamento de dicha Ley, existe prohibición expresa para que el Tribunal no conozca de las acciones de inconstitucionalidad contra los Decretos de Urgencia, en mi opinión, la admisibilidad de la demanda procede legal y jurídicamente.

En tal sentido comparto el parecer del constitucionalista Domingo García Belaunde cuando sostiene que “si bien se acepta que los decretos legislativos son susceptibles de ser objeto de una acción de inconstitucionalidad, nada dice la norma constitucional pertinente sobre los decretos de necesidad y urgencia” y luego continua afirmando que “entendemos que si la acción de inconstitucionalidad procede contra las normas con valor de ley (y lo son también los Decretos Leyes emanados de los gobiernos de facto), estimamos que los decretos de necesidad y urgencia deben ser considerados también entre las normas susceptibles de ser denunciadas de inconstitucionalidad, a través de la acción pertinente ante el Tribunal de Garantías Constitucionales”—Ternas Constitucionales 3, pág. treinticuatro—.

421

Por consiguiente, por las consideraciones de orden legal, jurídico y de doctrina constitucional expuestas, mi **VOTO** es porque el Tribunal declarando la admisibilidad de la acción de inconstitucionalidad interpuesta por los veinte señores Senadores de la Republicas ingrese a conocer el fondo del problemas jurídico creado con la expedición del Decreto Supremo número cero cincuentisiete-noventa-TR.

EFRAÍN ESPINAL CRUZADO

Magistrado del Tribunal de Garantías Constitucionales

Fecha la misma.

Lo que certifico:

Dr. Federico Córdova Velasco.

Secretario-Relator.

Tribunal de Garantías Constitucionales.

Expediente 002-003-I/TGC

Proceso de inconstitucionalidad interpuesto por 21 senadores y 61 diputados contra el artículo 292 de la Ley 25303 y los artículos 8, 20 y 21 de la Ley 25334. El Tribunal falló declarando fundada la demanda respecto de los artículos 20 y 21 de la Ley 25334; e infundada respecto del artículo 8 de la Ley 25334 y el artículo 292 de la Ley 25303.

Fecha de emisión: 18 de diciembre de 1991

Resumen: En el presente caso se cuestionaron el artículo 292 de la Ley 25303, Ley Anual de Presupuesto del Sector Público para 1991, y los artículos 8, 20 y 21 de la Ley 25334, ley sobre crédito suplementario en el Presupuesto del Gobierno Central para el ejercicio fiscal de 1991. Se declaró fundada la demanda respecto de la inconstitucionalidad de los artículos 20 y 21 de la Ley 25334 e infundada respecto del artículo 8 de la Ley 25334 y el artículo 292 de la Ley 25303.

423

En la sentencia se indicó que según el artículo 20 de la cuestionada Ley 25334 las empresas comprendidas en la Ley 24948, así como los demás organismos y entidades del Estado, cuyos trabajadores se encontraban sujetos al régimen de la actividad privada; por consiguiente, no podrían otorgar incrementos de remuneraciones y condiciones de trabajo cual fuese la denominación, sistema, modalidad o periodicidad que adopten. Asimismo, se dejó en suspenso el otorgamiento de toda condición de trabajo o beneficio que no fuese necesario e indispensable para el desarrollo de las propias actividades laborales del trabajador.

Adicionalmente, según el también cuestionado artículo 21 de la referida ley, las “entidades del Estado a que se refiere el artículo anterior sólo podrán proponer y acordar como fórmulas de solución en las negociaciones colectivas, aquellas aprobadas con sujeción a las normas dictadas por el Ministerio de Economía y Finanzas aplicadas por Conade y Conafi. A falta de acuerdo entre las partes en estas negociaciones, el Ministerio de Trabajo, resolverá previa opinión del Ministerio de Economía y Finanzas”. Respecto del artículo 292 de la Ley 25303 prescribió que quedó definitivamente

prohibido el otorgamiento de pensión de jubilación, cesantía, de gracia, de montepío, de viudez, de sobrevivencia o por cualquier otro concepto, en favor de cualquier otro ex trabajador o beneficiario del mismo, fuese del sector público o de empresas del Estado; y que implicase que fuese un monto superior a la remuneración total que percibiese mensualmente el funcionario de más alto nivel administrativo del Sector al que perteneció la empresa o institución.

Basándose en el Preámbulo Constitucional, se señaló que el artículo 20 de la Ley 25334 prohibió el incremento remunerativo y el mejoramiento de condiciones de trabajo, esto es, vulneró los artículos 42, 43, 44, 48, 54, 56 y 57 de la Carta Fundamental de 1979. Respecto del artículo 21 de la Ley 25334, se sostuvo que violó el artículo 54 de la Constitución de 1979, en tanto que esta prescribió que en las negociaciones colectivas solo intervienen los trabajadores y empleadores. Además, si bien es cierto que el Estado interviene, lo hace en calidad de empleador, es decir, como persona jurídica de Derecho privado. Sin embargo, el cuestionado artículo evidenció un modelo de Estado interventor en vez de un Estado garante de las negociaciones colectivas.

Respecto del artículo 292 de la Ley 25303 cuestionado, se señaló que según el artículo 201 de la Constitución de 1979 el Presidente de la República es el Jefe de Estado y personifica a la Nación. Está en el vértice de la jerarquía administrativa de la Nación, por consiguiente, ningún funcionario o pensionista o beneficiario del sector administrativo que esté ubicado debajo de esta cúspide, puede, legalmente, disfrutar de una remuneración o pensión superior a la que corresponde al Jefe de Estado. De manera análoga, ello es válido para funcionarios que en jerarquía siguen inmediatamente al Presidente en relación con el otorgamiento de pensiones de jubilación, de gracia, de montepío, de viudez o de supervivencia en favor de cualquier ex trabajador o beneficiario a cargo del sector público y empresas del Estado, que implique un monto superior a la remuneración total que percibe mensualmente el funcionario del más alto nivel administrativo del sector al cual pertenece la empresa o institución.

424

Si bien es cierto que la sentencia no se refirió al artículo 8 de la Ley 25334, este es cuestionado por los demandantes en tanto consideraron que colisionó con el principio constitucional de la estabilidad laboral. Este artículo trató sobre nombramiento o contrato de personal o nuevos compromisos de gastos. La sentencia indicó que esta regulación se fundó en el razonable criterio de austeridad para la ejecución de los presupuestos de todos los organismos del Sector Público. Siendo ello así declaró infundada la demanda en esta parte, así como del artículo 292 de la Ley 25303.

Temas clave: Condiciones de trabajo — ejercicio fiscal — incrementos salariales — presupuesto **público**.

TRIBUNAL DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

CASO: DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD INTERPUESTA POR 21 SEÑORES SENADORES Y 61 SEÑORES DIPUTADOS CONTRA LOS ARTÍCULOS 20° Y 21° DE LA LEY 25334, DE CRÉDITO SUPLEMENTARIO EN EL PRESUPUESTO DEL GOBIERNO CENTRAL PARA EL EJERCICIO FISCAL DE 1991 Y CONTRA EL ARTÍCULO 292° DE LA LEY ANUAL DE PRESUPUESTO DEL SECTOR PUBLICO 25303 PARA 1991

SENTENCIA

En Arequipa a los dieciocho días del mes de Diciembre de mil novecientos noventiuno, el Tribunal de Garantías Constitucionales reunido en sesión de pleno jurisdiccional, con asistencia de los señores Magistrados:

Centurión Vallejo, Presidente;
Espinal Cruzado, Vicepresidente;
León Seminario;
Valenzuela Astete;
Díaz Valdivia;
Samanamud Rubin;
Mixán Mass;
Núñez del Prado Cruz;

425

actuando como secretaria la doctora Gabriela Guillén Fernández, pronuncia la siguiente sentencia después de haber deliberado en privado. Con el voto de los magistrados Díaz Valdivia y Núñez del Prado Cruz.

ASUNTO

Demanda de Inconstitucionalidad interpuesta por veintiún señores Senadores y sesentiún señores Diputados contra los artículos veinte y veintiuno de la Ley veinticinco mil trescientos treinticuatro, de Crédito Suplementario en el Presupuesto del Gobierno Central para el ejercicio fiscal de mil novecientos noventiuno y contra el artículo doscientos noventidós de la Ley Anual de Presupuesto del Sector Público, número veinticinco mil trescientos tres para mil novecientos noventiuno. Oído el informe de la parte demandante, doctor Josmell Muñoz Córdova.

ANTECEDENTES

1. En el expediente cero cero dos noventiuno I/TGC formado con el escrito de demanda de fecha catorce de agosto de mil novecientos noventiuno, recepciona-

do el día veintisiete de agosto de mil novecientos noventiuno; veintiún señores senadores interponen acción de inconstitucionalidad; en lo principal, contra los artículos veinte y veintiuno de la Ley veinticinco mil trescientos treinticuatro, que autoriza un crédito suplementario en el presupuesto del Gobierno Central para el ejercicio fiscal de mil novecientos noventiuno, y en el primer otrosí, contra el artículo doscientos noventidós de la Ley veinticinco mil trescientos tres, Ley anual de presupuesto del Sector Público para el año en curso.

También sesentiún señores Diputados presentaron en la fecha ocho de Agosto de mil novecientos noventiuno, demanda de inconstitucionalidad contra los artículos ocho veinte y veintiuno de la Ley veinticinco mil trescientos treinticuatro, anteriormente citada; demanda recepcionada el seis de setiembre de mil novecientos noventiuno que ha originado el expediente cero cero tres noventiuno-I/TGC.

2. En una y otra demanda los accionantes sostienen que mediante artículos veinte y veintiuno de la cuestionada Ley veinticinco mil trescientos treinticuatro, se establece; por el primer dispositivo, que las empresas comprendidas en la Ley veinticuatro mil novecientos cuarentiocho y demás organismos y entidades del Estado, cuyos trabajadores se encuentran sujetos al régimen de la actividad privada no podrán otorgar incrementos de remuneraciones y condiciones de trabajo cualquiera sea la denominación, sistema, modalidad o periodicidad que adopten, salvo lo dispuesto en el artículo veintiuno de la ley; asimismo se deja en suspenso el otorgamiento de toda condición de trabajo o beneficio que no fuera necesario e indispensable para el desarrollo de las propias actividades laborales del trabajador, salvo el caso de los seguros médicos familiares; y por el segundo dispositivo, que las “entidades del Estado a que se refiere el artículo anterior sólo podrán proponer y acordar como fórmulas de solución en las negociaciones colectivas, aquellas aprobadas con sujeción a las normas dictadas por el Ministerio de Economía y Finanzas aplicadas por Conade y Conafi. A falta de acuerdo entre las partes en estas negociaciones, el Ministerio de Trabajo, resolverá previa opinión del Ministerio de Economía y Finanzas.

Los señores Diputados en la misma demanda precitada cuestionan también el artículo ocho de la Ley veinticinco mil trescientos treinticuatro, porque consideran que colisiona con el principio constitucional de la estabilidad laboral.

Pero, además, en la demanda de los señores senadores, en el primer otrosí, accionan también contra el artículo doscientos noventidós de la Ley veinticinco mil trescientos tres, Ley Anual de Presupuesto del Sector Público para mil novecientos noventiuno, mediante el cual se prescribe que “queda terminantemente prohibido el otorgamiento de pensión de jubilación, cesantía, de gracia, de

montepío, de viudez, de sobrevivencia o por cualquier otro concepto, en favor de cualquier otro extrabajador o beneficiario del mismo, a cargo del sector público y empresas del Estado que implique que sea un monto que sea superior a la remuneración total que percibe mensualmente el funcionario de más alto nivel administrativo del Sector al que pertenece la empresa o institución”.

3. Como ambas acciones, tienen en realidad a los mismos titulares, en cuanto miembros del Parlamento nacional, persiguen el mismo objetivo y tienen al mismo demandado, es decir, al Poder Ejecutivo en aplicación de los artículos cuarentiocho y cincuentisiete de la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales, concordantes con los artículos doscientos cuarentinueve y doscientos cincuentiuno del Código de Procedimientos Civiles, el Tribunal de Garantías Constitucionales por Resolución de once de Setiembre de mil novecientos noventiuno, resolvió la acumulación de las acciones contenidas en los expedientes cero cero doscientos noventiuno I/TGC.
4. En las acciones acumuladas se esgrime como fundamento material, de un lado, que “las mal llamadas medidas de austeridad, han dado lugar a la depresión y crisis afectando los niveles de vida, dejando de ser el salario justo y digno”; y de otro, que aparte de normar cuestiones presupuestales propias del Gobierno Central se “regula cuestiones de derecho laboral referido a remuneraciones” y al “nombramiento de personal, contrariando la Ley de Estabilidad Laboral vigente”; que se involucra a Conade y a Conapi y al Ministerio de Economía y Finanzas “para dar solución a los reclamos colectivos”, que se niega “el derecho a la negociación colectiva” reemplazándola por la decisión unilateral del Ministerio de Economía y Finanzas.

427

Por último afirman los demandantes que las medidas adoptadas en virtud de los artículos cuestionados a los que originalmente se calificó de temporales, se viene aplicando “desde el dieciocho de Agosto de mil novecientos noventa por el Decreto Supremo cero cincuentisiete noventa-TR”, las que fueron prorrogadas mediante Decreto Supremo ciento siete noventa-PCM hasta el 31 de Julio de mil novecientos noventiuno.

CONSIDERANDO

1. La aparición de la Jurisdicción Constitucional en la doctrina nacional y en el Derecho Constitucional Comparado representa la culminación de la “transformación del Estado Legal de Derecho en Estado Constitucional de Derecho”, convirtiéndolo, en un “Estado que no sólo actúa con sujeción al Derecho, sino que limita su ámbito al establecimiento de un orden jurídico destinado a asegurar las condiciones exteriores para la vigencia de la libertad, la igualdad y la

participación en la formación de la ley”. Por eso, el Estado Constitucional de Derecho “no sólo acoge al principio de la “Supremacía de la Ley”, sino que lo “complementa con el principio de la supremacía de la Constitución sobre la ley”; de manera que es característica del Estado Constitucional de Derecho que todos los Poderes públicos y particularmente los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial están sujetos a la Constitución” (Manuel García Pelayo, expresidente del Tribunal de Garantías Constitucional Español: “Estado Legal y Estado Constitucional de Derecho”, temas constitucionales, páginas: veintitrés, veinticinco, treinta y treintiuno).

Por otro lado, como sostiene el tratadista Lucas Morillo de la Cueva, el Juez Constitucional “debe realizar una valoración de la ley examinada, desde el punto de vista de la Constitución entendida en sentido amplio” sin limitarse a la literalidad del texto, sino a “todo el conjunto de valores, principios orgánicos y relaciones sociales que integran lo que se ha llamado fórmula política de la Constitución” (la Constitución de mil novecientos setentinueve: Francisco Eguiguren P. “Constitucionalidad de las Normas”: Jorge Danes, Martha Sousa, página trescientos treintidós).

428

De manera que conforme a la doctrina y al Derecho Constitucional comparado, a la Constitución ya no sólo se la considera “como vértice superior del ordenamiento jurídico, sino como norma política y económica de la Nación” (Sobre la Jurisdicción Constitucional: Una aproximación a la Justicia Constitucional: El Modelo Peruano: Aníbal Quiroga León, página ciento sesentinueve).

2. En el caso submateria las acciones acumuladas persiguen se declare que los artículos ocho, veinte y veintiuno de la Ley veinticinco mil trescientos treinticuatro de veintiocho de Junio de mil novecientos noventiuno, así como el artículo doscientos noventidós de la Ley veintitrés mil trescientos tres de dieciocho de enero anteriormente citado, son inconstitucionales, porque según los accionantes, violan los dispositivos, a los artículos del cuarentidós al cincuentisiete de la carta fundamental; y el segundo dispositivo de la mencionada a los artículos veinte, sesenta, y Octava Disposición Transitoria y artículos ciento ochentisiete y cincuentisiete de la Constitución Política del Estado.
3. El marco constitucional a través del cual debe apreciarse y evaluarse la viabilidad o no de la acción de inconstitucionalidad incoada está delimitando y encuadrando, en primer lugar, fundamentalmente, por la filosofía del Preámbulo Constitucional que señala: “la primacía de la persona humana como titular de derechos de validez universal, anteriores y superiores al Estado”. El trabajo como deber y derecho de todos y base de bienestar nacional; y un “Estado democrático que

garantice la plena vigencia de los derechos humanos”; en segundo lugar, en los principios normativos jurídico-constitucionales que establecen que el Perú es una República democrática y social (artículo setentinueve); que “el poder emana del pueblo y quienes lo ejercen lo hacen en su representación y con las limitaciones y responsabilidades señaladas por la Constitución y la ley” (artículo ochentiuono); y que “todos tienen el deber de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación” (artículo setenticuatro).

4. Confrontando, evaluando y analizando los artículos veinte y veintiuno de la Ley veinticinco mil trescientos treinticuatro y los artículos doscientos noventidós de la Ley veinticinco mil trescientos tres, con la doctrina y el marco constitucional precedentemente anotados, resulta que:

- a. El artículo veinte es de una generalidad muy vasta, es amplísima, no sólo comprende a las empresas reguladas sólo formalmente por la Ley veinticuatro mil ochocientos cuarentiocho, porque ésta no se ha implementado como prescribe su texto, sino que abarca y comprende también a todos los trabajadores de los demás organismos y entidades del Estado sujetos al régimen de la actividad privada.
- b. Inconstitucionalmente prohíbe el incremento remunerativo y el mejoramiento de condiciones de trabajo, esto es, vulnera los artículos cuarentidós, cuarentitrés, cuarenticuatro, cuarentiocho, cincuenticuatro, cincuentiséis y cincuentisiete de la Carta Fundamental.

En efecto, con dicho dispositivo se desconoce, que el trabajo es un derecho y un deber, que el trabajo es objeto de protección del Estado; que el trabajador tiene derecho a una remuneración justa; que la jornada laboral puede reducirse por convenio Colectivo, que los derechos reconocidos a los trabajadores son irrenunciables y que el ejercicio de esos derechos está garantizado por la Constitución.

- c. Que en el artículo veintiuno, en primer lugar, se priva a la negociación colectiva de la autonomía de las partes intervinientes que consagra la doctrina, la jurisprudencia y la Constitución; en segundo lugar se involucra al Ministerio de Economía y Finanzas para que a través de CONADE y CONAPI, regulen la participación de las entidades estatales en dichas negociaciones; en tercer lugar, imperativamente se establece que si no se produjera acuerdo entre las partes, sólo intervendrá y resolverá previa opinión del Ministerio de Economía y Finanzas.

El dispositivo cuestionado, viola evidentemente al artículo cincuenticuatro de la Constitución. Pues de acuerdo con la norma constitucional en las negociaciones colectivas sólo participan trabajadores y empleadores. Entonces, es obvio que las Empresas del Estado como las demás entidades estatales intervienen como empleadores; y los convenios colectivos que nacen de esas negociaciones tienen fuerza de ley para las partes. Y es que, aún cuando el Estado es uno, sin embargo en esta clase de tratativas el Estado interviene como persona jurídica de Derecho Privado, precisamente para estar al mismo nivel de los trabajadores. Por estas circunstancias la doctrina moderna reconoce en las convenciones colectivas de trabajo una nueva fuente creativa del derecho.

- d. El dispositivo impugnado, libera al Estado de su obligación de garantizar “el derecho a la negociación colectiva”. O sea que, al Estado garante, por decisión del artículo cuestionado se le convierte en Estado interventor, desbordando con ello la norma contenida en la segunda parte del citado artículo cincuenticuatro, con lo cual los principios de igualdad y autonomía, que son conquistas del Derecho Colectivo del Trabajo, desaparecen. Más aún como el derecho a la negociación colectiva es un derecho irrenunciable reconocido a los trabajadores, resulta igualmente, también infringiendo al artículo cincuentisiete de la Carta Fundamental.
- e. Además, los artículos cuestionados violan también los puntos dos, tres y cuatro del artículo veintitrés de la Declaración Universal de Derechos Humanos integrante de nuestro ordenamiento jurídico nacional por mandato de la Resolución Legislativa número trece mil doscientos ochentidós de nueve de diciembre de mil novecientos cincuentinueve. Y como derechos humanos estos derechos de los trabajadores tienen la jerarquía jurídica que le otorga el artículo ciento cinco de la Constitución.
- f. La demanda de inconstitucionalidad contra el artículo doscientos noventidós de la Ley veinticinco mil trescientos tres, Ley Anual del Presupuesto del Sector Público, para mil novecientos noventiuno, no se encuadra ni material ni axiológicamente en el parámetro constitucional que para el caso *sub júdice* está conformado por la segunda parte del artículo sesenta de la Constitución que establece: “la más alta jerarquía corresponde al Presidente de la República. A continuación a Senadores y Diputados, Ministros de Estado, Magistrados de la Corte Suprema”; los Magistrados del Tribunal de Garantías Constitucionales de acuerdo con el artículo doscientos noventisiete de la Carta Fundamental del Estado concordante con el artículo dieciséis de la

Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales número veintitrés mil trescientos ochenticinco, y los Fiscales Supremos de acuerdo con el artículo doscientos cincuentiuno de la Constitución.

Pues bien, confrontado con el marco constitucional precedentemente indicado, el artículo doscientos noventidós anotado es constitucional, por lo siguiente:

- i. De acuerdo con el artículo doscientos uno constitucional “el Presidente de la República es el Jefe de Estado y personifica a la Nación”. Está en el vértice de la jerarquía administrativa de la Nación, por consiguiente, ningún funcionario o pensionista o beneficiario del sector administrativo que esté ubicado debajo de esta cúspide, puede, legalmente, disfrutar de una remuneración o pensión superior a la que corresponde al Jefe de Estado.
- ii. El mismo criterio es válido para funcionarios que en jerarquía siguen inmediatamente a la Presidencia de la República en relación con el otorgamiento de pensiones de jubilación, de gracia, de montepío, de viudez o de supervivencia en favor de cualquier extrabajador o beneficiario a cargo del sector público y empresas del Estado, que implique un monto superior a la remuneración total que percibe mensualmente el funcionario del más alto nivel administrativo del Sector al cual pertenece la empresa o institución. Porque de acuerdo con el parámetro constitucional anteriormente señalado no sería legal ni justo, que el beneficiario de la pensión, cualquiera sea la causa de la determinación llegara a alcanzar un nivel igual o superior a la remuneración que percibe el funcionario del más alto nivel administrativo del Sector al que pertenece la Institución o la empresa.
- iii. De manera que de acuerdo con los criterios jurídico-constitucionales anteriormente mencionados, para la viabilidad de la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo doscientos noventidós de la Ley veinticinco mil trescientos tres no son pertinentes las citas que hacen los actores de los artículos veinte, cincuentisiete, sesenta, ciento ochentisiete, y Octava Disposición Transitoria de la Constitución; en primer lugar porque cada uno de los dispositivos invocados por los accionantes no funcionan aisladamente ni tampoco su apreciación axiológica opera sin considerar la prevalencia jurídica que la propia Constitución consigna; en segundo lugar, los artículos constitucionales invocados por los demandantes no justifican la expulsión del artículo doscientos

noventidós del ordenamiento jurídico nacional, porque el primero de los artículos citados por los actores no sea aplicable al caso submateria; porque el segundo tampoco los favorece, porque entre la primera y segunda parte del artículo sesenta hay coherencia, en cuanto de un lado se establece un sistema único de remuneraciones, y de otro, se determina la jerarquía de los más altos funcionarios de la Nación. Lo mismo podríamos decir de los demás dispositivos invocados; y, porque en todo caso, ellos funcionan en concordancia con los numerales cincuentiocho, cincuentinueve, sesenta y doscientos uno de la Carta Fundamental del Estado.

- g. Las prohibiciones provistas en el artículo ocho de la Ley veinticinco mil trescientos treinticuatro sobre nombramiento o contrato de personal o nuevos compromisos de gastos se fundan en el razonable criterio de austeridad para la ejecución de los Presupuestos de todos los organismos del Sector Público comprendidos en los volúmenes uno, dos, tres, cuatro, cinco y seis especificados en el artículo dos de la Ley Anual de Presupuesto del Sector Público mil novecientos noventiuno; por consiguiente, no existe compatibilidad alguna entre el artículo ocho de la Ley veinticinco mil trescientos treinticuatro y el artículo cuarentidos de la Constitución.
- h. Finalmente es conveniente remarcar que de acuerdo a lo prescrito por el artículo trescientos de la Constitución “no tiene efecto retroactivo la sentencia del tribunal que declara inconstitucional una norma en todo o en parte”.

FALLO

En consideración a todo lo expuesto y de conformidad con los artículos doscientos noventiséis y doscientos noventiocho inciso uno de la Constitución Política concordados con los artículos diecinueve, veinte, inciso uno y artículo veintiuno de la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales, **FALLA:**

PRIMERO.- Declarando la inconstitucionalidad de los artículos veinte y veintiuno de la Ley veinticinco mil trescientos treinticuatro de Crédito Suplementario en el Presupuesto del Gobierno Central para el Ejercicio Fiscal de mil novecientos noventinueve, y, en consecuencia, en ese extremo, es **FUNDADA** la demanda acumulada.

SEGUNDO.- Declarando que el artículo ocho de la Ley veinticinco mil trescientos treinticuatro y el artículo doscientos noventidós de la Ley número veinticinco mil trescientos tres: Ley Anual de Presupuesto del Sector Público para mil novecientos noventiuno, son constitucionales y, en consecuencia, la demanda acumulada en este extremo es **INFUNDADA**.

TERCERO.- Comuníquese con la presente sentencia al señor Presidente del Congreso para los fines consiguientes.

**CENTURIÓN VALLEJO
ESPINAL CRUZADO
LEÓN SEMINARIO
VALENZUELA ASTETE
MIXÁN MASS
SAMANAMUD RUBIN**

Expediente 004-005-91-I/TGC

Proceso de inconstitucionalidad interpuesto por 66 diputados y 63 senadores contra el Decreto Legislativo 651. El Tribunal falló declarando fundada la demanda en el extremo que regulaba lo concerniente al transporte colectivo local (urbano), e infundada respecto a la alegada falta de conformidad entre el Decreto Legislativo 651 y la Ley Autoritativa 25327.

Fecha de emisión: 29 de enero de 1992

Resumen: En el presente caso, se cuestionó la constitucionalidad del Decreto Legislativo 651 respecto al transporte colectivo local, por otro lado, se cuestionó, además, si la emisión del Decreto Legislativo 651 estuvo en conformidad con la Ley Autoritativa 25327. Se declaró la inconstitucionalidad parcial por el fondo del Decreto Legislativo 651, esto es, en la parte que regulaba lo concerniente al transporte colectivo local (urbano), y, en consecuencia, fundada la demanda en ese extremo. Por otro lado, se declaró que la emisión del Decreto Legislativo 651 tuvo lugar de conformidad a la Ley Autoritativa 25327; y, en consecuencia, infundada la demanda en dicho extremo.

435

Se argumentó en la sentencia que el decreto cuestionado establecía en sus 6 artículos la libre competencia de tarifas en el servicio público de transporte urbano e interurbano en todo el país, el libre acceso a las rutas de servicio público de transporte urbano e interurbano eliminó las restricciones administrativas y legales y autorizó a las personas naturales y jurídicas prestar servicio público de transporte con excepción de camionetas y vehículos de dos ruedas.

La sentencia señaló que, la regulación del transporte urbano competía exclusivamente a la municipalidad. Se afirmó que se debía establecer un equilibrio justo entre el interés del usuario (del pueblo) y la razonable rentabilidad del empresario. Se argumentó que la finalidad de dicha medida sería el mejoramiento del servicio dentro de la economía social de mercado. Además, que, el transporte colectivo no solamente implicó el simple traslado de pasajeros, sino que, debía realizarse en determinadas condiciones

y situaciones de seguridad, tiempo y tarifas razonablemente determinadas y con criterio evolutivo.

El Decreto Legislativo 651 se cuestionó ante el Tribunal de Garantías en la parte que regulaba el transporte colectivo local (urbano). En la sentencia se argumentó que se invadía las competencias normativas y material del gobierno local. Por ello, se afirmó que contravenía, por el fondo, lo prescrito en el inciso 5 del artículo 254 de la Constitución de 1979.

Temas clave: Economía social de mercado — libre competencia — transporte colectivo.

TRIBUNAL DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

CASO, DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD INTERPUESTA POR 66 Y 63 SEÑORES DIPUTADOS Y SENADORES, RESPECTIVAMENTE CONTRA EL DECRETO LEGISLATIVO 651

SENTENCIA

En Arequipa, a los veintinueve días del mes de Enero de mil novecientos noventidós, el Tribunal de Garantías Constitucionales, reunido en sesión de Pleno Jurisdiccional, con asistencia de los señores magistrados:

Centurión Vallejo, Presidente;
Espinal Cruzado, Vicepresidente;
León Seminario;
Valenzuela Astete;
Díaz Valdivia;
Samanamud Rubin;
Mixán Mass;
Núñez del Prado Cruz;

437

actuando como secretaria la doctora Gabriela Guillén Fernández, después de haber deliberado en privado, pronuncia, en mayoría, la siguiente sentencia. Con el voto singular del Magistrado Espinal Cruzado.

ASUNTO

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por sesentiséis y sesentitres señores diputados y senadores respectivamente, contra el Decreto Legislativo seiscientos cincuentiuno, publicado el veinticinco de Julio de mil novecientos noventiuno, en el Diario “El Peruano”.

VISTOS LOS ANTECEDENTES, resulta que el Congreso de la República, mediante Ley veinticinco mil trescientos veintisiete, delegó en el Poder Ejecutivo, facultad legislativa para que mediante Decretos Legislativos normara sobre “Pacificación Nacional”, “Fomento del Empleo” y “Crecimiento de Inversión Privada”. El Poder Ejecutivo en ejercicio de la potestad conferida, expidió el Decreto Legislativo número seiscientos cincuentiuno, estableciendo la libre competencia de las tarifas de servicio público de Transporte Urbano e Interurbano de Pasajeros en todo el país, el libre acceso a las rutas de servicio público de transporte urbano e interurbano de pasajeros; además autoriza a las personas naturales y jurídicas en general a prestar servicio público de transporte

urbano e interurbano de pasajeros en todo tipo de vehículos automotores, con excepción de camiones y vehículos de dos ruedas (artículo cuatro); y, finalmente, deroga el artículo primero de la Ley veinticuatro mil seiscientos diecinueve y a las disposiciones legales que se opongan al cumplimiento del referido Decreto Legislativo.

Mediante los escritos de demanda de fojas uno, sin fecha, y de fojas, ingresados el veintiséis de Setiembre de mil novecientos noventiuno, sesentiséis y sesentitrés señores Diputados y Senadores, respectivamente, han interpuesto Acción de Inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo número seiscientos cincuentiuno, la que ha sido admitida en el modo y forma de ley. Por existir conexión objetiva entre ambas, el Tribunal las ha acumulado y tramitado de acuerdo a lo prescrito en la Ley veintitres mil trescientos ochenticinco.

Los sesentiséis diputados demandantes piden la declaración de inconstitucionalidad del Decreto Legislativo seiscientos cincuentiuno, argumentando que infringe lo prescrito, en el inciso quinto del artículo doscientos cincuenticuatro de la Constitución Política del Perú que establece que las Municipalidades son competentes para regular el transporte colectivo, la circulación y el tránsito. Agregan que “no puede ni debe dejarse la regularización de tarifas del servicio público de transporte urbano e interurbano de pasajeros a la libre competencia...”. Los accionantes relievan que la Ley Orgánica de Municipalidades, número veintitres mil ochocientos cincuentitres en su artículo sesentinueve, “desarrollando el texto constitucional establece como función de las Municipalidades en materia de Transporte Colectivo, Circulación y Tránsito:

438

1. Regular el transporte Urbano y otorgar las licencias o concesiones correspondientes, de conformidad con los Reglamentos de la materia.
2. Regular el transporte Colectivo y controlar el cumplimiento de las normas y requisitos que correspondan conforme a la ley.
3. Otorgar permisos para el uso de vehículos menores.
4. Organizar y mantener los sistemas de señales y semáforos y regular el tránsito urbano de peatones y vehículos. Que en virtud de dichos dispositivos, previo acuerdo con los representantes del transporte urbano e interurbano, fijan las tarifas del transporte, teniendo en cuenta los diversos factores económicos y sociales, a fin de que los usuarios no se vean afectados en su economía, ya que gran parte de la población hace diariamente uso de dicho servicio.

Asimismo los señores Diputados fundamentan su demanda señalando “que el referido Decreto Legislativo, se expidió al amparo de las facultades delegadas al Poder Ejecutivo, Ley número veinticinco mil trescientos veintisiete, comprendiéndose entre

dichas facultades la de legislar, entre otras, en materia de “Crecimiento de la Inversión Privada”; que, “dicha delegación no comprende la facultad para legislar sobre la tarifa de transporte, ni autoriza a modificar la estructura del Estado, ni la competencia de los niveles de Gobierno Nacional, Regional y Local” y sostiene que el Poder Ejecutivo se “ha excedido en las facultades legales” otorgadas, al expedir el Decreto Legislativo seiscientos cincuentiuno.

Finalmente afirman los demandantes que “el Poder Ejecutivo no ha tomado en cuenta al expedir dicha legislación, que está dejando a la iniciativa privada y a la libre competencia el establecimiento de normas que afectan el bien común; y con ello incumple su deber de adoptar las medidas indispensables para promover el bienestar social”.

Los sesentiséis diputados accionantes son también coincidentes con sus colegas demandantes, tanto en el sentido del pedido como en la fundamentación.

Durante la vista de la causa informaron oralmente tanto el defensor de los demandantes como el Procurador Público Ad Hoc. El primero reiteró los argumentos de la demanda. El Procurador Público tanto escrito como oralmente, ha desarrollado entre otros los siguientes argumentos: que el Decreto Legislativo número seiscientos cincuentiuno, es constitucional tanto por la forma como por el fondo; que las vías urbanas de Lima como de las ciudades principales son intransitables y con pésima semaforización; que el transporte interprovincial de pasajeros es deficiente; que la disminución de la flota de transporte urbano se debe a la fijación de tarifas irreales y al excesivo control municipal; que en ese contexto el Gobierno Central ha expedido el Decreto Legislativo número seiscientos cincuentiuno, sobre las materias especificadas en la ley autoritativa y sin modificar la estructura del Estado; que la facultad municipal de otorgar concesiones de rutas y licencias para el transporte urbano proviene de la “delegación imperfecta” que hace el Estado (sic); que el concepto jurídico “reglamento de la materia”, empleado en la Ley Orgánica de Municipalidades significa una remisión a lo que corresponde dictar al Gobierno Central mediante Decretos Supremos y propone algunos ejemplos, pero también reconoce que el Concejo Metropolitano de Lima expidió la Ordenanza Municipal número cero cero cinco; que la soberanía estatal es diferente de la autonomía y que ésta es “un poder público limitado”; que la “autonomía municipales por descentralización, lo cual descarta totalmente... la autarquía o desvinculación absoluta del Gobierno Central” (sic); que compete al Gobierno Central expedir las normas básicas sobre servicios públicos de interés nacional; “que la regulación de transporte es manifestación de un mecanismo de descentralización imperfecta” (sic); que corresponde originariamente al Gobierno Central fijar las tarifas de transporte urbano de pasajeros, “facultad que por descentralización mediante ley fue concedida a los Municipios”; que el Decreto Legislativo

“es un motor para la intervención privada” (sic); que el Decreto Legislativo número seiscientos cincuentiuno no atenta contra la autonomía municipal, por cuanto el poder autónomo puede dictar normas jurídicas pero dentro de los límites establecidos por el poder, absolutamente soberano; sostiene finalmente que los gobiernos locales son entes descentralizados autónomos pero sin desvinculación absoluta del Gobierno Central, sobre todo en lo referido a la normatividad básica, de lo que siempre puede valerse el Gobierno Central para regular los asuntos de interés general; vale decir, que las competencias de los gobiernos locales han sido consagradas por la Constitución, en el artículo doscientos cincuenticuatro, debiéndose entenderlas en su verdadero significado y que si ellas representan la autonomía de las municipalidades, tiene los límites del interés general tutelado y normado por el Gobierno Central y considerando que en aquellos servicios públicos en los cuales el interés general de carácter nacional prevalezca sobre el interés local de la comunidad; y, concluyó pidiendo se declare infundada la demanda de inconstitucionalidad.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

En el marco constitucional regido por el numeral ciento ochentiocho, el Poder Legislativo delegó en el Poder Ejecutivo, la facultad de legislar mediante Decretos Legislativos sobre las materias y por el término que se especifica en la Ley Autoritativa número veinticinco mil trescientos veintisiete.

440

El poder Ejecutivo, con tal amparo legal ha expedido el Decreto Legislativo seiscientos cincuentiuno de fecha veinticuatro de julio de mil novecientos noventiuno, mediante el cual establece en sus seis artículos, la libre competencia de tarifas en el servicio público de transporte urbano e interurbano en todo el país; declara el libre acceso a las rutas de servicio público de transporte urbano e interurbano en todo el país; declara el libre acceso a las rutas de servicio público de transporte urbano e interurbano de pasajeros, eliminar todas las restricciones administrativas y legales que se contrapongan a lo prescrito en el precitado Decreto Legislativo; autoriza asimismo, excepcional y transitoriamente, a las personas naturales y jurídicas en general prestar, bajo su responsabilidad, servicio público de transporte urbano e interurbano de pasajeros de todo tipo de vehículos con excepción de camionetas y vehículos de dos ruedas.

Para establecer si el Decreto Legislativo número seiscientos cincuentiuno transgrede la norma constitucional y legal, es indispensable y pertinente un análisis de la Autonomía Municipal del Gobierno.

Autonomía, según el “Vocabulario Jurídico Francés”, dirigido por Henry Capitant, es un vocablo de origen griego, y significa: el derecho a regirse por sus propias reglas; el

hecho por el cual una colectividad determina, ella misma, todo o parte de las reglas de Derecho que la rigen. Autonomía es, pues, el aspecto positivo de la independencia, crea normas y autodirígese conforme a ellas, como lo señala el jurista Humberto Núñez Borja.

El concepto de Autonomía Municipal varía desde el amplísimo Home Rule, de los Municipios Norteamericanos hasta el Sistema de Regulación Legal de los Estados Centralizados política y administrativamente, como Francia e Italia.

En cualquiera de sus acepciones y extremos, el problema, como lo puntualiza Posada, es determinar las relaciones del Municipio con el Estado, es decir, del Gobierno Central con los gobiernos locales, ya sean de carácter político o constitucional.

Tal problema no se determina por razón de jerarquía, sino de competencia. En el Estado peruano estas competencias Municipales, están señaladas claramente en nuestra Carta Magna.

En el Derecho Público, debemos diferenciar la autonomía política de la autonomía administrativa, pues si la primera versa sobre la capacidad de algunos organismos para gobernarse sin aceptar interferencias extrañas, dentro de un limitado territorio, la segunda, conforme lo señala Guillermo Cabanellas, es la libertad que se reconoce a una región, provincia, ciudad o pueblo para dirigir según normas y órganos propios, todos los asuntos.

441

En el Perú, el nivel y la esfera de competencia de las Municipalidades tienen su fuente originaria en la Constitución de mil novecientos setentinueve, la que —de conformidad con el “Espíritu de la Asamblea Constituyente” — en su Capítulo Décimo Segundo (“De la Descentralización, Gobiernos Locales y Regionales”), específicamente en su artículo doscientos cincuentidós, consagra a las Municipalidades como “Órganos de Gobierno Local”, e integrantes de la “Estructura del Estado”, por lo que confiere a ellas “autonomía económica y administrativa en los asuntos de su competencia”. La intangibilidad de dicha competencia emerge también de la prescripción declarativa del artículo sesentinueve de la Constitución en el sentido de que el Gobierno de la República del Perú “es unitario, representativo y descentralizado”. Por consiguiente, es inconstitucional la norma jurídica de menor jerarquía, mediante la cual se sustraiga la materia constitucional reservada a la competencia del Gobierno Local o cuando dicha norma modifique o abolere dicha competencia.

El Gobierno Municipal ejerce poder en su jurisdicción local, pues, los integrantes del Concejo Municipal provienen de elección popular (artículo doscientos cincuentitrés Constitucional), lo que determina que el Municipio es cualitativamente diferente de cualquier dependencia descentralizada, porque responde a una concepción a aquella

que en el pasado reciente la consideraba sólo como “Empresa de Servicios Urbanos”.

Es verdad que el Municipio “no es un Estado dentro de otro Estado”, pero, también es verdad que es ineludible el deber jurídico constitucional de respetar las competencias de cada nivel de gobierno descentralizado; y, ese respeto, a su vez, genera la necesidad de compatibilizar sus concreciones para lograr un adecuado dinamismo y desarrollo del Estado y de la Nación.

Cuando algún aspecto de un modelo o Programa de Desarrollo Nacional, esté referido a materias específicamente reservadas por la Constitución como objeto de la competencia del Gobierno Local, la manera de desarrollar el criterio rector de descentralización será teniendo en cuenta simultáneamente, de una parte, la Autonomía del Gobierno Municipal y, de otra parte, el carácter unitario del Gobierno de la República. Para el efecto, en el caso del problema de la vialidad y el transporte urge una nueva normatividad jurídica que regule de manera diferenciada pero interrelacionada; aquello que es de competencia del Gobierno Nacional, la parte que compete al Gobierno Regional y lo que es materia propia del Gobierno Local. Corresponde al Gobierno Central informar y normar tanto básica como específicamente la vialidad y transporte de carácter nacional, pero en lo que concierne al transporte colectivo urbano debe concretarse únicamente a prever normas declarativas (que fijen solamente criterios básicos rectores) inherentes al Modelo para que el Gobierno Local concrete la regulación específica mediante Ordenanza Municipal en ejercicio regular y autónomo de su función normativa.

442

La vialidad y transporte interurbano pueden ser también, según los casos, de competencia del Gobierno Nacional o Regional.

La regulación del transporte urbano compete exclusivamente a la Municipalidad para que establezca un equilibrio justo entre el interés del usuario (del pueblo) y la razonable rentabilidad del empresario para el mejoramiento del servicio dentro de la economía social de Mercado.

De conformidad con el artículo doscientos cincuenticuatro de la Constitución, las Municipalidades son competentes para fijar tarifas del servicio público de transporte de pasajeros. La interpretación y aún la simple lectura de dicha proposición jurídica no permite otra conclusión por cuanto el concepto: “Regular el Transporte Colectivo” significa ordenar, mediante reglas ese servicio público. El concepto “Regular el Transporte” no se agota en el establecimiento de normas de organización del tránsito, esto es, no sólo está referido a las rutas, a los horarios, a las condiciones materiales del transporte, sino fundamentalmente a la calidad del transporte, a su costo, vale decir, al contrato de transporte, pues, el transporte colectivo no solamente implica el simple

traslado de pasajeros, sino debe realizarse en determinadas condiciones y situaciones de seguridad, tiempo y tarifas razonablemente determinadas y con criterio evolutivo.

Los contratos no pueden realizarse en forma irrestricta, más aún tratándose de un servicio público tan importante, pues, deben tenerse como correctivos el principio de justicia y el deber de evitar el abuso del derecho, previstos declarativamente en el inciso décimo segundo del artículo segundo de la Constitución; por eso, también, constitucionalmente el Gobierno Local tiene potestad para intervenir en los contratos de transporte colectivo urbano, cumpliendo su función reguladora con justicia y equidad.

Es necesario acotar que la Municipalidad en ejercicio de la soberanía local de la que está investida constitucionalmente, tiene potestad normativa para “producir” legislación municipal mediante Ordenanzas, Edictos, resoluciones, de modo que, tiene competencia para reglamentar las funciones específicas que le competen en las materias de Gobierno que le encomienda la Constitución.

La Ley Orgánica de Municipalidades, número veintitrés mil ochocientos cincuenticinco, en su artículo décimo, inciso quinto, transcribe en forma literal el artículo doscientos cincuenticuatro, inciso quinto de la Constitución. Las reglas están establecidas en el artículo sesentinueve de la mencionada Ley Orgánica, las que especifican las funciones y competencias de los Municipios para la regulación del transporte, cuidando que se debe concretar de acuerdo con los principios de justicia social, en especial en la presente coyuntura sin agraviar al pueblo usuario del servicio. Es pertinente también tener presente el principio constitucional de la jerarquía de la norma jurídica en nuestra Carta Magna, cuyo numeral ochentisiete prescribe: “La Constitución prevalece sobre toda norma legal, la ley sobre toda otra norma de inferior categoría y así sucesivamente”.

El orden jerárquico de la norma jurídica ha resultado incuestionablemente vulnerada por el Decreto Legislativo seiscientos cincuentiuno, pues, siendo norma de menor jerarquía no puede modificar ni suprimir ni suspender prescripciones específicas de la Constitución. Es pertinente recordar la tesis del ilustre jurista Sánchez Viamonte: “Toda ley del Poder Legislativo ordinario o poder constituido está subordinado a la Constitución emanada del Poder Constituyente extraordinario y su validez está condicionada por su acatamiento a la letra y al espíritu de la Constitución. Como círculo concéntrico interno, la ley ordinaria es una voluntad jurídica que se manifiesta y actúa libremente dentro de la órbita constitucional, pero que carece de aptitud para salirse de ella y ultrapasarse los límites que le corresponden como poder constituido”.

Es incuestionable que el Decreto Legislativo número seiscientos cincuentiuno en la parte que regula específicamente el transporte colectivo local (urbano) e invadiendo las competencias normativa y material del gobierno local, contraviene por el fondo lo prescrito en el inciso cinco del artículo doscientos cincuenticuatro de la Constitución Política del Perú; esto es adolecer de inconstitucionalidad parcial por el fondo.

Que la emisión del Decreto Legislativo número seiscientos cincuentiuno, se enmarca por la forma en la ley autoritativa número veinticinco mil trescientos veintisiete, esto es, sin infracción del artículo ciento ochentiocho de la Constitución.

FALLO

En mérito de los fundamentos que anteceden, en ejercicio de la potestad conferida por el inciso primero del artículo doscientos noventiocho de la Constitución y de conformidad con el artículo treintitrés de la Ley veintitrés mil trescientos ochenticinco, el Tribunal de Garantías Constitucionales, **FALLA:**

- a. Declarando la inconstitucionalidad parcial por el fondo del Decreto Legislativo número seiscientos cincuentiuno, esto es, en la parte que regula lo concerniente al transporte colectivo local (urbano), y en consecuencia fundada la demanda en ese extremo;
- b. Declarando que la emisión del Decreto Legislativo número seiscientos cincuentiuno ha tenido lugar de conformidad a la Ley Autoritativa número veinticinco mil trescientos veintisiete; y, en consecuencia infundada la demanda en dicho extremo;
- c. Disponiendo se comunique esta sentencia al Señor Presidente del Congreso de la República para los fines jurídicos pertinentes.

444

CENTURIÓN VALLEJO
LEÓN SEMINARIO
DÍAZ VALDIVIA
VALENZUELA ASTETE
SAMANAMUD RUBIN
MIXÁN MASS
NÚÑEZ DEL PRADO

Lo que certifico:

Dra. Gabriela Guillén Fernández.

Secretaria de Sala del Tribunal de Garantías Constitucionales.

Expediente 008-91-I/TGC

Proceso de inconstitucionalidad interpuesto por 20 contra el Decreto Legislativo 650. El Tribunal falló declarando infundada la demanda, y confirmando la constitucionalidad del Decreto Legislativo 650, excepto respecto de aquella parte del texto de su artículo 2, extremo en que declaró fundada la demanda y por consiguiente, inconstitucional en dicha parte.

Fecha de emisión: 10 de marzo de 1992

Resumen: Se presentó una demanda de inconstitucionalidad interpuesta por 20 senadores contra el Decreto Legislativo 650. En la sentencia se analizó la función del Tribunal de Garantías como legislador negativo y de su capacidad para poder derogar una ley. Al respecto, se consideró que si la norma se encontraba fuera los límites de interpretación de la Constitución debía ser declarada su inconstitucionalidad. Es decir, la antinomia entre la ley y la Constitución se solucionaba declarando la preeminencia de la segunda.

445

Por otro lado, se afirmó que la norma regulaba un nuevo régimen de compensación por tiempo de servicios. Este nuevo régimen implicaba la obligación por parte del empleador de efectuar los depósitos semestrales bajo responsabilidad y, además, permitía la inclusión de las bonificaciones en la remuneración básica. La inconstitucionalidad de la norma, motivo de análisis, solo se determinó en aquella parte que expresaba que, tiene un efecto cancelatorio. Se afirmó que dicho efecto impediría que el trabajador pidiese una liquidación final sobre la base de la última remuneración, de acuerdo al lapso que trabajó. Es decir, en la sentencia se consideró que el derecho que sí se reconocía el régimen sustitutivo (anterior) ya no subsistía con la nueva ley. Esto significaba una disminución per cápita del monto total a percibir, que a su vez, constituía una relativa desprotección estatal.

Temas clave: Antinomias — compensación por tiempo de servicios — legislador negativo.

TRIBUNAL DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

CASO DE ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA EL DECRETO LEGISLATIVO N° 650

SENTENCIA

En Lima a los diez días del mes de Marzo de mil novecientos noventidós, el Tribunal de Garantías Constitucionales, en sesión de Pleno Jurisdiccional, con asistencia de los señores magistrados:

Centurión Vallejo, Presidente;
Espinal Cruzado, Vicepresidente;
León Seminario;
Valenzuela Astete;
Díaz Valdivia;
Samanamud Rubin;
Mixán Mass;
Núñez del Prado Cruz;

446

actuando como secretaria la Doctora María Luz Vásquez Vargas, pronuncia la siguiente sentencia, por mayoría en la causa de la vista en audiencia pública, en la sede del Tribunal, Veintinueve de enero de mil novecientos noventidós, después de haber deliberado en privado. La presente sentencia se expide en la ciudad de Lima, lugar habilitado para este caso razones excepcionales, de conformidad con lo previsto en el artículo trescientos cuatro de la Constitución y en el Jurisdiccional del veinticuatro de Febrero de mil novecientos noventidós. Con los fundamentos del voto singular el Magistrado Espinal Cruzado.

VISTOS; Y CONSIDERANDO:

ANTECEDENTES

Acción de Inconstitucionalidad interpuesta por veinte señores Senadores de la República contra el Decreto Legislativo número seiscientos cincuenta por considerarlo inconstitucional por la forma y por el fondo.

Admitida la demanda ha sido tramitada de conformidad con los procesales pertinentes de la Ley veintitrés mil trescientos ochenticinco.

Los demandantes sostienen: “que el Poder Ejecutivo ha normado sobre materias que el Congreso no ha delegado facultades legislativas”, “que ha usurpado funciones del Congreso”, que “atenta contra los derechos constitucionales y adquiridos de los tra-

bajadores cuando en su artículo segundo establece que “La compensación por tiempo de servicios se deposita trimestralmente, con efecto cancelatorio...”, “que el trabajador tampoco puede disponer inmediatamente de los depósitos”, “que atenta contra la remuneración justa... y la negociación colectiva”; que el Decreto Legislativo seiscientos cincuenta “atenta contra la creación del Banco de los Trabajadores”:

Durante la vista de la causa informaron oralmente los señores defensores de los demandantes y los señores Procuradores Ad Hoc; los primeros argumentaron sobre los fundamentos de la demanda mientras que los procuradores sostuvieron, entre otras razones las siguientes:

“que el Tribunal Constitucional cumple con el rol de un aislador negativo...; se pronuncia para derogar una ley...”; que realiza “una interpretación auténtica de la Constitución”, “que la acción de inconstitucionalidad para hacer una subsunción que Permita examinar la ley cuestionada dentro de ese marco de interpretación”, si la norma cuestionada se halla manifestamente, fuera de dichos límites, la inconstitucionalidad debe ser declarada”, “que la Constitución contiene básicamente normas políticas continentales de principio y postulados fundamentales para la organización política, social y económica de la Nación, las que por su propia naturaleza y finalidad han de tener una vigencia históricamente dinámica, cambiante con el desarrollo del país”; “que el Poder Ejecutivo contaba con la facultad más que suficiente para dictar el Decreto Legislativo seiscientos cincuenta -Ley de Compensación por Tiempo de Servicios”; “que los demandantes confundieron reforma en la administración pública y de la actividad empresarial del Estado con la consolidación de los beneficios sociales”, “que la comisión de la Constitución, Leyes Orgánicas y Reglamento, la que en su dictamen sugirió (incluyó) el tema de la consolidación de los beneficios sociales que luego quedó como una de las facultades delegadas mediante Ley veinticinco mil doscientos treintisiete”; citan opiniones y publicaciones especializadas como respaldo de sus puntos de vista, que “la compensación por tiempo de servicios es un medio que permite al trabajador hacer frente a la contingencia en todo caso de cese”; comparan las características del régimen anterior de compensación por tiempo de servicios con el nuevo régimen regulado por el Decreto Legislativo seiscientos cincuenta; arguyen que “el efecto cancelatorio” del empoce semestral “elimina en el empleador el temor a tener que soportar un incremento constante del monto indemnizatorio con efecto retroactivo”, “que permitirá al empresario una mayor capitalización y reinversión”; que “el trabajador tiene libertad de elegir a la entidad depositaria solvente el trabajador se convierte en sujeto de crédito”, “que el trabajador percibirá interés”, “que no hay pérdidas de derecho adquirido sino una expectativa”.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Que de acuerdo a lo previsto en la Constitución Política Estado, un Decreto Legislativo es constitucional por la forma y para su formulación y expediente se observan tanto el procedimiento como los requisitos previstos en los artículos ciento ochentiocho, ochentisiete (última parte) y doscientos once, inciso diez (*parten in fine*) de la Constitución.

Que en el caso del Decreto Legislativo número seiscientos cincuenta impugnado es incontrovertible que el Congreso de la República, a petición del Poder Ejecutivo y previo dictamen de la “Comisión de Constitución, Ley Orgánica y Reglamento del Senado de la República” delegó facultad legislativa mediante “ley formal ordinaria” número veinticinco mil doscientos treintisiete (publicada en “El Peruano” el dieciséis de Junio de mil novecientos noventiuno) para que el Poder Ejecutivo normara (“legislara”) sobre cada una de las materias ordenadamente especificadas en la misma ley autoritativa. En efecto en el subpárrafo “o” del inciso dos del artículo uno, aparece inequívocamente que ha sido concedida también la potestad legislativa para: “consolidar normativamente los beneficios sociales actualmente existentes” (sic) y le fijó un plazo de ciento cincuenta días. El Ejecutivo expidió el Decreto Legislativo seiscientos cincuenta, elevando a jerarquía de ley y perfeccionando la regulación sobre compensación por tiempo de servicios que ya la contenían los Decretos Supremos y Resoluciones Ministeriales mencionados en el “Considerando” del propio Decreto Legislativo; y la compensación por tiempo de servicios es uno de los beneficios sociales por excelencia, de modo que el Ejecutivo ha legislado sobre la materia asignada, lo hizo dentro del plazo señalado, cumplió con publicarlo en el Diario oficial “El Peruano” de veintisiete de Julio de mil novecientos noventiuno y dio cuenta al Congreso. Entonces, el Decreto Legislativo número seiscientos cincuenta es notoriamente constitucional por la forma.

448

Que en lo pertinente a la inconstitucionalidad por el fondo es necesario precisar, para que una norma jurídica sea inconstitucional es preciso que ella resulte incompatible en todo o en parte con la prescripción constitucional. En ese caso la antinomia se soluciona declarando la preeminencia y primacía de la norma constitucional.

Que para conocer si existe o no incompatibilidad en la relación jerárquica entre la Constitución y el Decreto Legislativo seiscientos cincuenta es necesario, fundamentalmente un análisis por concordancia, discordancia y teniendo presente la experiencia sobre la aplicación de la compensación por tiempo de servicios en el país:

- a. La Constitución vigente, en lo concerniente a los beneficios sociales de los trabajadores, solamente contiene prescripciones declarativas (normas de aplicación diferida o principios informadores) (sic) de carácter tuitivo; en efecto, declara: “los

trabajadores tienen derecho a... compensación por tiempo de servicios” (artículo cuarenticuatro parte pertinente), “los derechos reconocidos a los trabajadores son irrenunciables. Su ejercicio está garantizado por la Constitución. Todo pacto en contrario es nulo” (artículo cincuentisiete, primer párrafo), en la interpretación o duda sobre el alcance y contenido de cualquier disposición en materia de trabajo, se está a lo más favorable al trabajador (artículo cincuentisiete, último párrafo).

- b. Que la Constitución no instituye ningún modelo o régimen para la aplicación de la “compensación por tiempo de servicios”, por eso, el desarrollo normativo de ese derecho es materia de la potestad legislativa, la que debe consagrar un régimen que en la práctica garantice mejor, tanto la progresiva y real acumulación del capital como un carácter intangible e irrenunciable, a fin de que el trabajador al fenecer su relación laboral pueda percibirlo con toda oportunidad y preferencia ese capital acumulado;
- c. Que en el Perú el anterior régimen de “compensación por tiempo de servicios” para los empleados fue instituido como tal en mil novecientos veinticuatro (Ley cuatro mil novecientos dieciséis) y para los obreros en mil novecientos treintiséis (Ley ocho mil cuatrocientos treintinueve). Durante su vigencia fueron expedidos numerosos y dispersos textos legales con el afán de introducir correctivos pero sin alcanzar el éxito pleno en su aplicación práctica, así por ejemplo, experimentó frecuentes variaciones, algunas veces, y en otras ocasiones congelación directa o indirecta del monto de remuneración básica para el cálculo del capital indemnizatorio o fijaron topes del haber básico para el cálculo, diferenciaron topes de acuerdo a la época del ingreso del trabajador y por el último eliminaron topes. Ese laberinto de correctivos oscilantes reflejaba la poca eficacia del régimen de entonces y complicó su administración.
- d. Que, normativa y realmente el trabajador logró la eliminación de los “topes” en el régimen anterior para el cálculo del monto indemnizatorio y según el número de años laborados, lo que significaba una ventaja, una mejora. Sin embargo, ese régimen no contenía mecanismos idóneos que garantizaran su eficacia, por eso no fue aplicado a satisfacción; en efecto era notorio que con frecuencia en aquel régimen, el empleador encontraba mecanismos para mantener congelada por el mayor tiempo posible, la remuneración básica; el capital indemnizatorio no se independizaba del poder de disposición del empleador mientras estaba vigente la relación laboral, circunstancia que permitía al empleador disponer también de él de acuerdo a su arbitrio; el trabajador recibía mejoras remunerativas pero mediante diferentes bonificaciones que eran excluidas de la remuneración básica para evitar el incremento de la base del cálculo; eran frecuentes los estados de

iliquidez de la empresa, quiebra o cierre de facto con despidos impagos, que a su vez originaban numerosas demandas sobre pago de beneficios sociales, etcétera; tales efectos negativos se acentuaron dramáticamente en períodos de inflación, hiperinflación y recesión.

- d. Que el Decreto Legislativo seiscientos cincuenta regula un nuevo régimen consolidado de “compensación por tiempo de servicios” en sustitución del anterior y ha derogado a la legislación preexistente al respecto. Son destacables las siguientes características:
- d.a. Unifica la legislación sobre compensación por tiempo de servicios, persigue garantizar la intangibilidad y la oportuna y real entrega al trabajador de su capital indemnizatorio cuando cese en el trabajo;
 - d.b. Comprende por igual a obreros y empleados;
 - d.c. Fiel a los principios de intangibilidad e irrenunciabilidad, declara la inembargabilidad del capital e intereses, así como prohíbe la libre y antelada disposición de los mismos, salvo en los supuestos excepcionales taxativamente previstos, como son: hasta veinte por ciento por concepto de libre disposición, hasta cincuenta por ciento para vivienda y hasta diez por ciento por fallecimiento de cónyuge, padre o hijo del trabajador. No pudiendo exceder los retiros en conjunto del cincuenta por ciento del total depositado. Todo pacto en contrario es nulo de pleno derecho. El retiro total o parcial incluye los intereses ganados;
 - d.d. Obliga a que el fondo indemnizatorio se independice con toda oportunidad de la esfera de custodia del empleador y sea colocado, a elección del trabajador, en una entidad depositaria que puede ser bancaria o de ahorro, cuya solvencia está garantizada y supervisada por el organismo pertinente, pero, si la entidad depositaria no estuviera sujeta a supervisión, el depósito será garantizado por un seguro o garantía hipotecaria suficiente o por un seguro cooperativo o póliza que cubra el monto total de depósitos. El depósito será identificado con la denominación prevista en la misma ley.
 - d.e. Que la intervención de la entidad bancaria o financiera o de ahorro elegible por el trabajador es necesaria, y además coherente con la lógica que el Constituyente previó la creación del “Banco de los Trabajadores”, y de otras entidades de crédito (artículo cincuentitrés constitucional) como tercero en la relación, tanto para que reciba depósitos como para que otorgue créditos al trabajador;

- d.f. Que el nuevo régimen es una mejor y efectiva garantía porque obliga al empleador a efectuar los depósitos semestrales bajo responsabilidad. Permite la inclusión de las bonificaciones en la remuneración básica;
 - d.g. Que el nuevo régimen convierte al trabajador titular de la cuenta indemnizatoria en sujeto de crédito.
 - d.h. Que siendo el fondo indemnizatorio por tiempo de servicios predestinado para ser entregado al producirse el cese en el trabajo, en modo alguno puede ser objeto de libre disposición adelantada en el cien por ciento. Cualquiera convenio colectivo en ese sentido carece de eficacia por ser contrario a la intangibilidad e irrenunciabilidad de dicho fondo y sobre todo por ser contrario a la ley estatal. Para que un convenio colectivo sea “ley entre partes” es necesario que entre otros requisitos, no sea contra texto expreso de la ley del Estado. Los pactos colectivos celebrados con anterioridad al Decreto Legislativo seiscientos cincuenta conservan su vigencia porque este no tiene efecto retroactivo.
 - d.i. Que el Decreto Legislativo seiscientos cincuenta tampoco colisiona con el artículo cincuentitrés de la Constitución porque no contiene ninguna prescripción que pretenda prohibir, la creación del Banco de los Trabajadores ni menos se anticipa a prohibir al trabajador elegir ese banco si fuera creado. El Decreto Legislativo confiere al trabajador la libertad de elegir la entidad depositaría que fuera solvente.
- e. Si bien el empoce semestral de dinero, en el tanto correspondiente al fondo indemnizatorio, en una entidad depositaría elegida por el trabajador es una medida adecuada que permite que dicho fondo vaya independizándose oportunamente de la esfera de custodia del empleador y acumulándose progresivamente hasta el cese de la relación laboral, para su entrega al trabajador; también es que resulta inteligible que el efecto cancelatorio de dicho pago (artículo segundo del Decreto Legislativo seiscientos cincuenta) impedirá que el trabajador pida una liquidación final sobre la base de la última remuneración y de acuerdo al lapso que trabajó, derecho que le reconocía el régimen sustituido (anterior); esto le priva del derecho al reintegro proporcional, lo que significa una disminución per cápita del monto total a recibir, que a su vez constituye una relativa desprotección estatal; entonces, dicho “efecto cancelatorio” del pago semestral son esgrimidos argumentos como: “que elimina el temor del empleador a tener que soportar una carga indemnizatoria liquidable con efecto retroactivo” que la abolición de ese temor “permitirá capitalizar la empresa, reinvertir y crear

nuevas fuentes de trabajo”, “que el efecto cancelatorio está compensado por la percepción de intereses o la diferencia de la tasa de cambio” y porque “las entidades depositarias para ganarse la preferencia del trabajador ofertan a éste, ventajas colaterales”. Sin embargo, teniendo en cuenta los otros aspectos y efectos positivos del nuevo régimen, es razonable prever que el monto del reintegro a que hubiere lugar al cese en el trabajo no será una suma apocalíptica, que la percepción del interés o de la diferencia de la tasa de cambio se genera como consecuencia necesaria del ingreso del fondo indemnizatorio al caudal financiero o crediticio y no es a cargo del empleador sino de la entidad depositaria que lo pone en circulación; en todo caso sobre este detalle compete al Estado dictar reglas que compatibilicen equitativamente los intereses de los trabajadores y de los empleadores; en cuanto a los beneficios colaterales ofertables, ellos dependen de la voluntad de la entidad financiera, de modo que, pudiendo ser reales son de carácter aleatorio.

Es verdad que el pago con “efecto cancelatorio” tiene como antecedente el artículo doscientos cuarentidós del proyecto de Ley General de Trabajo de mil novecientos ochentinueve remitido por el Ejecutivo al Senado mediante oficio número doscientos cincuenticinco ochentinueve TR del dos de octubre de mil novecientos ochentidós, pero no se conoce que el Senado lo haya debatido y aprobado.

452

- f. Que, en consecuencia el Decreto Legislativo seiscientos cincuenta adolece de inconstitucionalidad parcial por el fondo, esto es únicamente en la parte que prescribe que el pago tiene efecto cancelatorio.
- g. Que, la sentencia del Tribunal de Garantías Constitucionales no tiene efecto retroactivo.

FALLO

Por las consideraciones precedentes, el Tribunal de Garantías Constitucionales, de conformidad con lo previsto en el artículo doscientos noventiocho, inciso uno de la Constitución y artículo treintitrés de la Ley veintitrés mil trescientos ochenticinco;

FALLA:

Declarando:

- a. La **CONSTITUCIONALIDAD** por la forma del Decreto Legislativo seiscientos cincuenta, y en consecuencia, **INFUNDADA** la demanda en ese extremo;
- b. La **CONSTITUCIONALIDAD** parcial por el fondo del Decreto Legislativo seiscientos cincuenta e **INCONSTITUCIONALIDAD** únicamente la parte

pertinente del artículo segundo que prescribe: “el efecto cancelatorio del pago de la compensación por tiempo de servicios”; y en consecuencia **FUNDADA** e **INFUNDADA**, respectivamente la demanda en dichos extremos.

- c. Dispuso se comunique esta sentencia al Congreso y al Poder Ejecutivo.

CENTURION VALLEJO
LEON SEMINARIO
VALENZUELA ASTETE
DIAZ VALDIVIA
SAMANAMUD RUBIN
MIXAN MASS
NUÑEZ DEL PRADO CRUZ

Lo que certifico.

Fecha la misma.

María Luz Vásquez Vargas
Relatora Secretaria del Tribunal de Garantías Constitucionales.

ANEXO 1

RELACIÓN DE MAGISTRADOS QUE INTEGRARON EL TGC POR ORDEN ALFABÉTICO

1. Aguirre Roca, Manuel.
2. Basombrío Porras, Carlos.
3. Centurión Vallejo, Héctor. Presidente desde noviembre de 1990 a abril de 1992.
4. Corso Masías, Alfredo. Presidente de enero de 1987 a junio de 1987.
5. Díaz Valdivia, Héctor.
6. Diez Canseco Yañez, Jaime.
7. Eguren Bresani, Alberto. Presidente de noviembre de 1982 a noviembre de 1986.
8. Espinal Cruzado, Efraín.
9. León Seminario, Jorge. Presidente de noviembre de 1988 a noviembre de 1990.
10. Mixán Mass, Florencio.
11. Núñez del Prado Cruz, René.
12. Osorio Villacorta, Luis.
13. Peláez Bazán, Mario. Presidente de junio de 1987 a noviembre de 1988
14. Rodríguez Domínguez, Alfonso.
15. Rodríguez Mantilla, Oswaldo.
16. Samanamud Rubín, Pelayo.
17. Silva Salgado, Nicanor. Presidente de noviembre de 1986 a enero de 1987.
18. Valenzuela Astete, Luis Angel.
19. Vargas Vargas, Jaime.
20. Vásquez Salas, Jorge.

ANEXO II

RESOLUCIONES EN MATERIA DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL TGC

1. Expediente 001-82-I/TGC, del 30 de diciembre de 1982. Se declaró improcedente la demanda contra una resolución de la Corte Suprema del Poder Judicial.
2. Expediente 002-83-I/TGC, del 8 de febrero de 1983. Se declaró inadmisibile la demanda interpuesta contra el artículo 2 de la Ley 23321, ley sobre la introducción del órgano de comunicación social como agravante del delito de desacato, y el artículo 6 del Decreto Legislativo 46, decreto legislativo sobre introducción del delito de incitación al terrorismo.
3. Expediente 003-83-I/TGC, del 8 de febrero de 1983. Se declaró sin lugar la solicitud presentada.
4. Expediente 001-84-I/TGC, del 29 mayo de 1984. 60 diputados. Corporaciones departamentales. Se declaró infundada la demanda contra el artículo 49 de la Ley 23339, Ley de corporaciones departamentales.
5. Expediente 002-84-I/TGC, del 28 de agosto de 1984. Libertad de prensa e incitación al terrorismo. Se emitió pronunciamiento sobre la inconstitucionalidad del artículo 2 de la Ley 23321, ley sobre la introducción del órgano de comunicación social como agravante del delito de desacato, y del artículo 6 del Decreto Legislativo 46, decreto legislativo sobre introducción del delito de incitación al terrorismo.
6. Expediente 003-84-I/TGC, del 19 de febrero de 1985. Votos válidamente emitidos. Se emitió pronunciamiento sobre la inconstitucionalidad del artículo 6 de la Ley 23903, ley sobre convocatoria a elecciones generales.
7. Expediente 004-84-I/TGC, del 19 de febrero de 1985. Voto preferencial. Se emitió pronunciamiento sobre la inconstitucionalidad de los artículos 10, párrafo segundo, 11, 12 y 20 de la Ley 23903, ley sobre convocatoria a elecciones generales.
8. Expediente 001-87-I/TGC, del 24 de setiembre de 1987. Reorganización de la Policía Nacional. Se emitió pronunciamiento sobre la inconstitucionalidad de la Ley 24617 y del Decreto Legislativo 371, Ley de bases de las Fuerzas Policiales.
9. Expediente 001-90-I/TGC, del 13 de agosto de 1990. Expropiación de un terreno en Chanchamayo. Se declaró fundada la demanda interpuesta contra la Ley 25051, ley sobre expropiación de terreno destinado para la expansión urbana del distrito de San Ramón, provincia de Chanchamayo.

10. Expediente 062-90-I/TGC, del 13 de agosto de 1990. Expropiación y adjudicación de un predio a favor del Club Yurimaguas. Se emitió pronunciamiento sobre la inconstitucionalidad de la Ley 24243, ley sobre expropiación y adjudicación de un predio a favor del Club Yurimaguas.
11. Expediente 003-90-I/TGC, del 13 de agosto de 1990. Bolsa de trabajo sindical. Se declaró infundada la demanda interpuesta contra la Ley 25202, ley sobre creación de la Bolsa de trabajo.
12. Expediente 004-90-I/TGC, del 3 de octubre de 1990. Convenios colectivos. Se declaró inadmisibile la demanda interpuesta contra el Decreto Supremo 057-90-TR.
13. Expediente 002-003-I/TGC, del 18 de diciembre de 1991. Presupuesto público y crédito suplementario en el presupuesto del gobierno central para el ejercicio fiscal de 1991. Se declaró fundada la demanda respecto de los artículos 20 y 21 de la Ley 25334, ley sobre autorización de crédito suplementario en el presupuesto del Gobierno Central para el ejercicio fiscal de 1991; e infundada respecto del artículo 8 de la Ley 25334 y el artículo 292 de la Ley 25303, Ley anual de presupuesto público del sector público para 1991.
14. Expediente 004-005-91-I/TGC, del 29 de enero de 1992. 66 diputados y 63 senadores. Libre competencia en las tarifas de servicio público. Se declaró fundada la demanda interpuesta contra el Decreto Legislativo 651, decreto legislativo sobre el establecimiento de la libre competencia en las tarifas de servicio público de transporte urbano e interurbano de pasajeros en todo el país, en el extremo que regulaba lo concerniente al transporte colectivo local (urbano), e infundada respecto a la alegada falta de conformidad entre el Decreto Legislativo 651 y la Ley Autoritativa 25327.
15. Expediente 008-91-I/TGC, del 10 de marzo de 1992. Compensación por tiempo de servicios cancelatorios. Se declaró infundada la demanda, y confirmando la constitucionalidad por la forma y fondo del Decreto Legislativo 650, excepto respecto a su artículo 2, extremo en que se declaró fundada la demanda y, por consiguiente, inconstitucional en dicha parte.



ÍNDICE TEMÁTICO

ÍNDICE TEMÁTICO

A

Adjudicación: Exp. 062-90-I/TGC
Admisibilidad: Exp. 002-84-I/TGC
Antinomias: Exp. 008-91-I/TGC
Autoridades públicas: Exp. 002-84-I/TGC

B

Bolsa de trabajo: Exp. 003-90-I/TGC

C

Código Penal: Exp. 002-84-I/TGC
Compensación por tiempo de servicios Exp. 008-91-I/TGC
Competencias del Tribunal de Garantías Constitucionales: Exp. 001-82-I/TGC
Condiciones de trabajo: Exp. 002-003-I/TGC
Contratación: Exp. 003-90-I/TGC
Control constitucional: Exp. 004-90-I/TGC
Corporaciones departamentales: Exp. 001-84-I/TGC
Convenios colectivos: Exp. 003-90-I/TGC

459

D

Defensa Nacional: Exp. 001-87-I/TGC
Democracia: Exp. 004-84-I/TGC
Derecho al voto: Exp. 004-84-I/TGC
Derecho electoral: Exp. 003-84-I/TGC
Derecho político: Exp. 003-84-I/TGC
Desacato: Exp. 002-84-I/TGC
Descentralización: Exp. 001-84-I/TGC

E

Economía social de mercado: Exp. 004-005-91-I/TGC
Ejercicio fiscal: Exp. 002-003-I/TGC
Elecciones: Exp. 003-84-I/TGC; Exp. 004-84-I/TGC
Expropiación: Exp. 001-90-I/TGC; Exp. 062-90-I/TGC

I

Igualdad: Exp. 003-90-I/TGC
Incitación al terrorismo: Exp. 002-84-I/TGC
Indemnización: Exp. 001-90-I/TGC
Improcedencia: Exp. 001-82-I/TGC
Inadmisibilidad: Exp. 002-83-I/TGC
Incrementos salariales: Exp. 002-003-I/TGC
Interés social: Exp. 062-90-I/TGC

J

460

Juntas de desarrollo: Exp. 001-84-I/TGC

L

Legislador negativo: Expediente 008-91-I/TGC
Liberalización: Exp. 004-005-91-I/TGC
Libertad de prensa: Exp. 002-84-I/TGC
Libre competencia: Exp. 004-005-91-I/TGC

O

Obras públicas: Exp. 003-90-I/TGC
Orden interno: Exp. 001-87-I/TGC

P

Partidos políticos: Exp. 004-84-I/TGC
Planes departamentales y nacionales de desarrollo: Exp. 001-84-I/TGC
Poder Ejecutivo: Exp. 004-90-I/TGC
Policía Nacional: Exp. 001-87-I/TGC
Presupuesto público: Exp. 002-003-I/TGC
Propiedad: Exp. 001-90-I/TGC; Exp. 062-90-I/TGC

R

Regionalización: Exp. 001-84-I/TGC

Requisitos de la demanda: Exp. 002-83-I/TGC; Exp. 003-83-I/TGC

Representación: Exp. 004-84-I/TGC

S

Salud: Exp. 062-90-I/TGC

Sector público: Exp. 001-87-I/TGC

Sindicatos: Exp. 003-90-I/TGC

Sin lugar solicitud presentada: Exp. 003-83-I/TGC

T

Terrorismo: Exp. 002-84-I/TGC

Trabajadores: Exp. 001-87-I/TGC

Transporte colectivo: Exp. 004-005-91-I/TGC

U

Utilidad pública: Exp. 001-90-I/TGC; Exp. 062-90-I/TGC

461

V

Voto preferencial: Exp. 004-84-I/TGC

Votos nulos: Exp. 003-84-I/TGC

Votos válidamente emitidos: Exp. 003-84-I/TGC

Votos viciados: Exp. 003-84-I/TGC

Este libro se terminó de imprimir en agosto de 2018,
en los talleres gráficos de la imprenta Servicios Gráficos JMD S.R.L.,
por encargo del Centro de Estudios Constitucionales
del Tribunal Constitucional del Perú.

